

LA DISTINCTION DU DROIT CIVIL ET DU DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT ANGLAIS

THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 18 décembre 1957

PAR

HENRI BURIN DES ROZIERES

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DIPLOMÉ DE DROIT COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ DE CAMBRIDGE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. RENÉ DAVID, Professeur.

Suffragants : { M. ROGER HOUIN, Professeur.
M. ROBERT LE BALLE, Professeur.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

—
1959



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550212_0044

**La distinction du droit civil
et du droit commercial
et le droit anglais**

LA DISTINCTION DU DROIT CIVIL ET DU DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT ANGLAIS

THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 18 décembre 1957

PAR

HENRI BURIN DES ROZIERES

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DIPLOMÉ DE DROIT COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ DE CAMBRIDGE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. RENÉ DAVID, Professeur.

Suffragants : { M. ROGER HOUIN, Professeur.
 M. ROBERT LE BALLE, Professeur.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

—
1959



EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS DÉSIGNANT LES RECUEILS ANGLAIS CITÉS

All. E.R.	<i>All England Reports.</i>
App. Cas.	<i>Law Reports Appeal Cases.</i>
B. and Ad.	<i>Barnewall and Adolphu's Reports K.B.</i>
B. and S.	<i>Bend and Smith Reports Q.B.</i>
Burr.	<i>Burrow's Report.</i>
C.B.	<i>Common Bench Reports.</i>
C.B. (N.S.)	<i>Common Bench Reports N.S.</i>
C.L.J.	<i>Cambridge Law Journal.</i>
C. and P.	<i>Carrington and Payne's Reports.</i>
[1891] Ch.	<i>Law Reports Chancery (1891 ss.).</i>
Cmd	<i>Command Parliament Papers.</i>
Com. Cas.	<i>Commercial Cases.</i>
Dyer	<i>Dyer's King's Bench Reports.</i>
East	<i>East's Reports.</i>
El. and Bl.	<i>Ellis and Blackburn's Q.B. Reports.</i>
God. Rep.	<i>Godbolt's King's Bench Reports.</i>
[1901] K.B.	<i>Law Reports King's Bench (1901 ss.).</i>
L.J. Ex.	<i>Law Journal Exchequer.</i>
L.J.C.P.	<i>Law Journal Common Pleas.</i>
L.J.K.B.	<i>Law Journal King's Bench.</i>
L.Q.R.	<i>Law Quaterly Review.</i>
L.R.	<i>Law Reports.</i>
L.R.C.P.	<i>Law Reports Common Pleas.</i>
L.R. Ex.	<i>Law Reports Exchequer Division.</i>
L.R.H.L.	<i>Law Reports English and Irish Appeal Cases.</i>
L.T.	<i>Law Times.</i>
M.L.R.	<i>Modern Law Review.</i>
Ph.	<i>Philipps' Chancery Reports.</i>
[1891] Q.B.	<i>Law Reports Queen's Bench (1891 ss.).</i>
Q.B.D.	<i>Law Report Queen's Bench Division.</i>
Ry and Moo	<i>Lyan and Moody's Nisi Prius Reports.</i>
Scott	<i>Scott's Common Pleas Reports.</i>
Show	<i>Shower's King's Bench Reports.</i>
Sol. J.	<i>Solicitor's Journal.</i>
T.L.R.	<i>Times Law Reports.</i>
Ves. Jr	<i>Vesey's Junior Chancery Reports.</i>
W.L.R.	<i>Weekly Law Reports.</i>
W.R.	<i>Weekly Reporter.</i>
Winch. Rep.	<i>Winch's Common Pleas Reports.</i>
Y.B.	<i>Year Books.</i>

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

*Au Professeur HAMSON, Doyen de la Faculté
de Droit de Cambridge, et à mes maîtres de
St. John's College, M. SCOTT et M. HALL, avec
toute ma reconnaissance et ma respectueuse
amitié.*

INTRODUCTION

La question de la distinction du droit civil et du droit commercial est de première importance aujourd'hui où le droit entier est en métamorphose, où des Etats nouveaux se créent un système juridique, et où d'autres pays, comme la France, refondent totalement le leur (1). Dans tous les pays, la question se pose de savoir s'il convient de conserver au droit commercial son autonomie ou de réaliser l'unification du droit privé. En 1953, un colloque international s'est même tenu à Paris où d'éminents juristes de plusieurs pays ont examiné ce problème (2).

LE DÉCLIN DU DROIT COMMERCIAL EN DROIT POSITIF

En tant que discipline autonome, le déclin du droit commercial, entendu dans son sens traditionnel de droit des commerçants, est spectaculaire.

Au XIX^e siècle, à la suite de la codification napoléonienne, une quarantaine de Codes de commerce avaient vu le jour dans les pays du groupe latin et du groupe germanique. Actuellement sans parler des pays du groupe anglo-américain, qui ne connaissent pas (ou ne connaissent plus) la distinction traditionnelle entre le droit civil et le droit commercial, la Suisse et l'Italie ont entièrement répudié cette distinction : la Suisse avec son Code des obligations commun aux commerçants et aux non-commerçants, l'Italie avec son Code civil, qui renferme dans un livre spécial la réglementation des institutions commerciales.

(1) Cf. les travaux des commissions de réforme du Code civil et du Code de commerce.

(2) La Grande-Bretagne n'était cependant pas représentée.

Aux Pays-Bas, il existe encore un Code de commerce, mais il est progressivement vidé de son contenu. Les juridictions consulaires ont été abrogées depuis 1838, la faillite est étendue aux non-commerçants depuis 1896; la société anonyme peut, depuis 1928, se proposer un objet non commercial. Une réforme de 1934 a supprimé la distinction entre commerçants et non-commerçants, ainsi que le concept d'acte de commerce. Aussi certains juristes hollandais pensent que, du fait de toutes ces modifications, l'existence d'un Code de commerce distinct du Code civil a perdu sa raison d'être (3). La Belgique paraît devoir suivre cet exemple (4).

Le droit allemand connaît théoriquement la distinction du droit civil général et du droit commercial; il existe un droit particulier pour les commerçants. Mais en fait ce droit commercial se vide de plus en plus de sa substance, le domaine d'application du droit commercial spécial aux commerçants se restreint de plus en plus tandis que le droit civil général se rapproche des exigences de la vie économique. Il y a une tendance certaine à faire application de règles commerciales à des non-commerçants. Aussi les auteurs allemands estiment-ils que le droit allemand évolue vers une unification du droit civil et du droit commercial (5).

En France même, où la distinction du droit civil et du droit commercial est traditionnelle, on a fait valoir qu'il existe en droit positif une tendance à l'unification, que cette unification du droit privé est, dans une certaine mesure, chose faite, en raison de la soumission de plus en plus large des personnes civiles aux règles du droit commercial (6). Par exemple, certaines formes d'entreprises, notamment la société par actions et la société à responsa-

(3) Cf. MEIJERS (E. M.): « L'unification du droit civil et du droit commercial aux Pays-Bas », *L'unification interne du droit privé*, Paris, 1954, p. 63; PIRET (René): « L'abandon du concept d'acte de commerce et de commerçant et des règles propres au commerce dans le droit néerlandais », *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1949, p. 73.

(4) Cf. ESCARRA (Jean): *L'unification interne du droit privé*, op. cit., Avant-propos, p. 10.

(5) MÖLLER (Hans): « L'unification interne du droit privé dans la République fédérale allemande », in *Unification du droit*, op. cit., p. 69; RIESSER: *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1894; O.G.H., 10 novembre 1950, B.G.H.Z., vol. 3, 195-198, où la Cour suprême a décidé que l'article 383 H.G.B. peut être appliqué par voie d'analogie même lorsque l'aliénation est le fait d'un non-commerçant; RAISER: *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, S. 26-29.

(6) TUNC (André): *L'unification interne du droit privé*, op. cit., p. 112. Il est intéressant de remarquer que, déjà en 1904, dans le *Livre du centenaire du Code civil*, d'éminents juristes français, comme LYON-CAEN et THALLER, relevaient les interférences qui existent entre droit civil et commercial et qui sembleraient justifier parfois une unification du droit privé.

bilité limitée, sont commerciales quel que soit leur objet. D'autre part, certains actes, tels que la signature d'une lettre de change ou — selon la tendance de la jurisprudence actuelle — l'achat ou la vente d'un fonds de commerce, sont aussi essentiellement commerciaux. Enfin, des réglementations de droit commercial s'appliquent de plus en plus à des personnes civiles en contact avec des commerçants; par exemple : réglementation du chèque, des opérations de banque, de bourse.

D'autre part, une forte partie de la doctrine critique la distinction du droit français, lui reprochant d'être imprécise, illogique et inutile.

Nous voyons donc qu'une tendance très forte existe dans de nombreux pays pour l'abolition de la distinction traditionnelle du droit commercial et civil et pour l'unification du droit privé. La distinction semble à beaucoup être arbitraire et factice et les critères sur lesquels elle s'appuie leur paraissent être insatisfaisants et soulever de multiples problèmes touchant la compétence, les preuves, etc.

Aujourd'hui, la thèse de ceux qui préconisent l'abolition de la distinction est celle qu'exprime M. Ripert, quand il dit (7) : « Le droit commercial n'est que la réunion des exceptions apportées aux règles du droit civil dans l'intérêt du commerce » (8). Avec lui, les partisans de l'unification du droit privé voudraient inclure la plupart des règles disparates du droit commercial dans un code général du droit privé dont le droit civil serait le centre. Quant aux règles relatives aux commerçants, elles devraient être rattachées à un droit professionnel encore en formation. Les autres règles du droit commercial devraient être classées « suivant leur nature ». Elles formeraient en d'autres termes la part des dépouilles dévolue aux autres voisins du droit commercial. Le démembrement serait ainsi complet et le droit commercial aurait alors complètement disparu.

LA RELATIVITÉ DE L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ

Pourtant même les partisans les plus farouches de l'unité du droit privé reconnaissent que la disparition du droit commercial

(7) *Traité de droit commercial*, 1^{re} éd., 1948, n° 13.

(8) Cela suffit d'ailleurs parfois à justifier une catégorie juridique. Ainsi, dans les pays anglo-saxons, l'Equity, que les juristes considèrent comme formant une catégorie juridique à part et qui fait souvent, notamment aux États-Unis, l'objet d'un enseignement spécial, est formée des exceptions apportées aux règles trop strictes de la Common Law.

ne serait pas absolument complète. L'esprit du droit commercial subsisterait. Les règles du droit commercial ainsi annexées par les disciplines voisines, ne perdraient pas pour autant leur originalité. Tout le monde s'accorde à reconnaître que les institutions, les pratiques commerciales, bien qu'annexées à d'autres secteurs du droit, continueraient d'exercer une influence très sensible sur les institutions du droit civil et même sur celles du droit administratif. Dans la société moderne, l'esprit commercial domine la vie civile (9).

La doctrine française, quand elle critique la distinction actuelle du droit français, semble désirer plus une révision du domaine du droit commercial qu'une unification complète avec le droit civil (12). A l'époque où le droit commercial est né, il s'appliquait à la totalité de la vie économique, à l'exception de l'agriculture. Mais la vie économique s'est insensiblement modifiée alors que le droit commercial conservait un domaine immuable. Des secteurs nouveaux sont apparus, d'autres se sont développés, qui échappent au droit commercial pour des raisons dont l'arbitraire est évident; les industries extractives, les entreprises agricoles, le commerce des immeubles, etc., demeurent dans l'orbite du droit civil lorsqu'ils ne prennent pas la forme de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée. Par ailleurs, à côté de l'entreprise privée capitaliste, des entreprises coopératives, les entreprises publiques sont apparues auxquelles le droit commercial classique s'applique avec plus ou moins de succès.

Aussi apparaît-il à l'ensemble de la doctrine française que si le droit commercial doit se maintenir, c'est à la condition qu'il s'étende à l'ensemble de la vie économique, ce qui entraînerait d'ailleurs non seulement une révision de son domaine, mais peut-être aussi de son contenu (car l'économie n'est plus uniquement à but spéculatif) et même de sa nature car l'économie s'étatise et le droit qui lui est applicable aussi.

La doctrine française semble admettre unanimement que le droit commercial entendu dans son sens traditionnel de droit des marchands, ne peut plus être considéré aujourd'hui comme une discipline juridique ordinaire. Mais elle semble admettre aussi, dans une large proportion, que le droit commercial est en réalité plus que le droit des marchands, qu'il est sous une forme ou sous une autre le droit qui régit l'activité économique et qu'en

(9) RIPERT (G.): *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, n° 149.

(10) Il est vrai qu'il existe en France une tendance très forte à considérer comme autonome toutes les matières qui font l'objet d'un enseignement spécialisé dans les Facultés.

tant que tel il mérite d'être reconnu comme une discipline autonome (11).

Le droit positif français, malgré les cas d'unification que nous avons cités, semble vouloir conserver la distinction du droit civil et du droit commercial. Depuis 1808 de nombreuses lois ont renforcé le particularisme du droit commercial :

— quant à l'organisation professionnelle, la loi sur l'assainissement des professions commerciales date de 1947, celle sur la clause compromissoire de 1925; des réformes profondes de la faillite sont intervenues en 1935 et en 1955 (décret du 20 mai) et son extension aux non-commerçants n'a pas été ordonnée; la réglementation du registre de commerce a été complètement révisée en 1953;

— quant aux entreprises commerciales, les sociétés à responsabilité limitée ont été déclarées commerciales par la forme en 1925 et les sociétés professionnelles l'ont été en 1943;

— quant à l'activité des commerçants, c'est en 1948 que la prescription décennale des obligations commerciales a été créée.

Les Commissions de réforme du Code civil et du Code de commerce, si elles se sont prononcées en faveur de la réunion dans un code unique du droit privé, des dispositions contenues actuellement dans les deux codes, ne se sont nullement montrées favorables à l'unification substantielle du droit civil et du droit commercial.

D'autre part, les commercialistes font observer que, dans bien des pays, l'unité est purement formelle. En Italie, la réforme réalisée en 1942 reste très discutable; d'une part les auteurs italiens discutent l'intérêt de l'idée d'entreprise en ce qui concerne les entreprises non commerciales, d'autre part l'on ne peut manquer de rappeler le revirement caractéristique de Vivante qui, partisan tout d'abord de la suppression du droit commercial comme droit distinct, envisage au contraire vingt-cinq ans plus tard, dans une nouvelle édition de son grand traité, que c'est le droit commercial

(11) Cf. HAMEL (J.): « Droit civil et droit commercial en 1950 », *Etudes offertes à G. Ripert*, T. II; HAMEL (J.) et LAGARDE (G.): *Traité de droit commercial*, 1954, Préface (« Cet ouvrage est un acte de foi dans l'avenir du droit commercial; en un temps où certains esprits préconisent l'unification du droit privé et la fusion du droit commercial dans les grandes règles du droit civil, nous avons cru, après d'ailleurs d'éminents auteurs, qu'il était bon de présenter au public juridique les grands principes d'un droit commercial conçu comme une discipline autonome indépendante du droit civil. »); ESCARRA (J.): *Cours de droit commercial*, 1952, 2^e éd., n° 52 (« L'autonomie du droit commercial, sortie des réalités vivantes de l'histoire, est plus que jamais commandée par les enseignements du temps présent. »); HOUIN (R.): « L'unification interne du droit privé en France », *Unification interne du droit privé*, op. cit., p. 99.

qui doit attirer à lui tout le droit privé, en devenir le noyau, le droit civil étant réduit à un rôle accessoire, sinon complètement absorbé (12).

En Suisse, malgré l'existence d'un code unique, les auteurs sont unanimes à reconnaître qu'il existe un droit commercial, c'est-à-dire des règles spécialement conçues pour le commerce (13). L'unité du droit privé suisse est plus formelle que substantielle: certains auteurs suisses soutiennent même qu'elle n'existerait pas plus qu'en droit français (14).

Le droit suisse, malgré sa tendance à l'unification, contient de nombreuses formes et règles relevant typiquement du droit commercial. Le Code des obligations contient des règles applicables exclusivement aux commerçants. Il contient d'autre part des règles différentes des règles ordinaires qui, bien qu'applicables aux non-commerçants, sont commerciales par leur nature. Le droit suisse ne fait pas des actes de commerce une catégorie fermée d'actes ne pouvant être accomplis que par des commerçants, mais il existe des règles qui, dans le cadre général d'une réglementation de droit civil, introduisent des dispositions complémentaires de droit commercial.

Il est intéressant de remarquer aussi que le droit américain connaît, depuis 1952, un projet de Code commercial fédéral que quelques Etats ont déjà adopté. Les auteurs américains prétendent cependant que le nouveau Code constitue simplement une révision et une consolidation d'un certain nombre de lois appliquées uniformément dans les Etats (15), et qu'ainsi la réforme, étant surtout un amalgame de lois uniformes antérieures, n'établit pas la distinction du droit civil et du droit commercial en droit américain. Celui-ci ne connaît, disent-ils, qu'un droit privé qui constitue le

(12) Cf. VIVANTE (C.): « Un Code unique des obligations », *Annales dr. com.*, 1893, p. 1, et 1925, p. 65.

(13) WIELAND : *Handelsrecht*, I, 6, München, Leipzig, 1921; OFTINGER (Karl) : « Le droit commercial et le droit civil dans la législation suisse », *Unification du droit*, *op. cit.*, 1954, p. 32.

(14) Cf. WIELAND, *op. cit.*, p. 40. Il est intéressant de remarquer que la doctrine hollandaise, elle aussi, semble admettre la nécessité de l'existence d'un certain droit commercial autonome. Ainsi le professeur MEYERS lui-même, d'après le libellé des cinquante questions qu'il a adressées au public hollandais au sujet de la révision éventuelle du Code civil hollandais, semble reconnaître implicitement l'existence d'un droit commercial autonome. Cf. DAINOW : « Civil Code revision in the Netherlands », *The American Journal of Comparative Law*, 1956, p. 608.

(15) Negotiable Instruments Law (1896), Uniform Warehouse Receipts Act (1906), Uniform Sales Act (1906), Uniform Bills of Lading Act (1909), Uniform Stock Transfer Act (1909), Uniform Conditional Sales Act (1919), Uniform Trust Receipts Act (1933).

droit commun. Les additions résultant de la jurisprudence ou de textes spéciaux (par exemple pour les actes de commerce), rentrent dans le cadre du droit commun (16).

Pourtant, il convient de remarquer que le Code commercial uniforme est en réalité plus qu'un simple amalgame de lois uniformes antérieures, et présente certains traits caractéristiques. Les transactions commerciales sont envisagées sous une optique nouvelle comme constituant en droit une seule question dont toutes les phases sont traitées ensemble. Le Code contient des règles spéciales applicables aux « marchands » par opposition aux individus ordinaires (17). Le Code contient aussi une conception du contrat de vente nouvelle (18). Les conflits de lois entre États qui pourraient malgré tout se poser donnent lieu à l'application de règles spéciales (19).

Si bien que ce Code commercial, s'il n'établit pas à proprement parler une distinction entre droit civil et droit commercial dans le système juridique américain, révèle cependant la reconnaissance officielle du particularisme du droit commercial. Ce sont les exigences de sécurité dans les actes de commerce qui ont conduit à l'adoption de textes consolidés et même d'un Code de commerce. Ce sont les particularité du commerce qui ont nécessité la création de ce Code de commerce (20).

L'uniformisation des règles applicables aux matières commerciales révèle une certaine autonomie du droit commercial.

En faveur de l'autonomie du droit commercial, il est intéressant enfin de remarquer que les matières commerciales font l'objet d'une unification internationale beaucoup plus poussée que les matières civiles (21). Si le droit commercial se prête ainsi mieux à l'unification internationale que le droit civil, c'est — comme on l'a fait remarquer (22) — parce qu'il ne dépend pas autant des

(16) Cf. YNTEMA (Hessel): « Unification de la législation nationale aux U.S.A. », *Unification interne du droit privé, op. cit.*, 1954, pp. 27-29.

(17) Ch. 2 (Sales).

(18) Ch. 2 (Sales), art. 2, 101.

(19) 1, 105.

(20) Cf. remarque de M. ASCARELLI dans *L'unification interne du droit privé, op. cit.*, 1954, pp. 27-29.

(21) Cf. BAGGE (Algot): « L'unification internationale du droit commercial », *Unification du droit*, 1948; HAMEL (J.): « Les conventions de Genève sur les effets de commerce et les méthodes d'unification du droit privé », *Unification du droit*, 1948; GUTTERIDGE (H. C.): « La Grande-Bretagne et le mouvement pour l'unification », *Unification du droit*, 1948.

(22) GUTTERIDGE (H. C.): *Droit comparé*, 1953, p. 204; BRUN (André) et SEFFERT (M. C.): « Rapport présenté au Congrès international des anciens élèves de l'enseignement supérieur commercial », Lyon, 26 juin 1954, *Rev. trim. dr. com.*, 1954, p. 763.

mœurs, de la tradition, de la religion, c'est donc qu'il a une nature différente. Le processus de l'unification en droit international semblerait ainsi montrer que le droit commercial a une nature propre, qu'il constitue une discipline autonome distincte du droit civil (23).

L'étude de la distinction du droit commercial et du droit civil en droit positif nous montre donc que la question de l'autonomie et de la nature propre du droit commercial est loin d'être résolue.

Si la plupart des pays semblent admettre la nécessité d'abandonner la distinction traditionnelle du droit civil et commercial à cause de l'imprécision et de l'insuffisance de la notion de commerçant, pratiquement aucun pays, à part peut-être l'Angleterre, ne semble avoir réalisé l'unification complète du droit privé. La Suisse et l'Italie ont réalisé une unification formelle, mais personne ne conteste qu'il subsiste une distinction de fond, réelle, substantielle entre droit civil et commercial dans chacun de ces systèmes juridiques. Les Pays-Bas, l'Allemagne, la France connaissent une distinction formelle mais ces pays reconnaissent que cette distinction est artificielle et qu'elle doit être repensée.

Ce qu'il est remarquable de constater, c'est que à part les pays anglo-saxons, la plupart des juristes des autres pays estiment que, plutôt que d'être complètement supprimée, la distinction du droit civil et du droit commercial doit être refaite sur des bases entièrement nouvelles. Ils estiment que sous une forme nouvelle un certain droit commercial s'impose comme une discipline juridique autonome. Ils estiment que certaines matières, les matières commerciales entendues dans leur sens large, en raison de leurs caractéristiques spéciales constituent des fondements spéciaux au droit qui leur sera appliqué, le rendant un droit autonome.

En résumé, sans être arrivés encore à définir avec précision le droit commercial, sa nature et son domaine, la plupart des juristes semblent admettre que le droit commercial s'impose en théorie, par son esprit, comme une discipline autonome.

Aussi est-il particulièrement intéressant d'étudier un système juridique comme celui de l'Angleterre qui prétend avoir un droit privé unifié. En examinant comment les juristes anglais prétendent être arrivés à concilier et à unifier les rapports du droit civil et du droit commercial, les juristes continentaux pourront peut-être tirer des indications utiles pour résoudre la question de prin-

(23) WALLACH (F.): *Introduction to European Commercial Law*, New York, 1953, Introduction, p. VIII et p. 28.

cipe que tous se posent aujourd'hui de l'unification ou de la distinction de ces deux droits.

« Les vrais juristes de tous les pays et de toutes les époques parlent la même langue », a-t-on dit (24). La langue qui parle l'unité du droit civil et commercial serait-elle la vraie ?

DÉFINITION DES ÉLÉMENTS DE LA DISTINCTION

Avant d'étudier la question même de la distinction du droit civil et du droit commercial, il convient de définir les éléments de la distinction, il convient de savoir ce que l'on entend par droit civil et par droit commercial.

Par « civil law », les Anglais entendent, en effet, le droit romain. Ici, dans cette étude, nous donnons à l'expression « droit civil » le sens que lui donnent les juristes français. Par « droit civil » nous entendrons le droit ordinaire qui régit les rapports des particuliers dans un système juridique, le droit commun qui s'applique aux particuliers en général dans leurs rapports entre eux. Il ne semble pas y avoir de difficultés à comprendre cette notion de droit civil, son sens et son domaine.

Mais la définition à donner à l'expression « droit commercial » paraît beaucoup plus difficile. L'expression « droit commercial » semble être, en effet, pour les juristes anglais aussi bien que pour les juristes continentaux, un de ces mots vagues qui ne désignent rien de précis qu'on puisse définir, un de ces mots dont parle Pascal, « qui remplissent les oreilles et non l'esprit ».

Les droits continentaux, en effet, même quand ils considèrent le droit commercial comme une discipline juridique propre, en donnent les définitions les plus diverses. Personne n'est d'accord sur son contenu.

« Que doit être le droit commercial ? Qu'est-il actuellement ? Est-il le droit des commerçants, c'est-à-dire un droit de classe ayant survécu à la proclamation du principe de l'égalité devant la loi, renaissant comme un droit professionnel précurseur de celui qui devra être créé pour chaque profession ? Est-il, au contraire, sans aucune considération de personnes le droit des opérations commerciales, droit nécessaire parce que le droit civil traditionnel est incapable de soutenir et même d'expliquer ces opérations, droit étendant sans cesse son domaine parce que le monde moderne se commercialise ? A cette question nul ne peut donner de réponse satisfaisante. Elle se pose dans tous les pays » (25).

(24) IHERING : *Esprit du droit romain*, III, p. 9; cf. aussi DEL VECCHIO (G.) : *Philosophie du droit*, 1953, p. 284.

(25) RIPERT (G.) : *Droit commercial*, Préface, 1^{re} éd., 1943.

Traditionnellement le droit français entend par droit commercial le droit qui réglemente le commerce, le droit des commerçants. Mais, en réalité, les auteurs considèrent que le droit commercial signifie beaucoup plus. Il faut entendre, disent-ils, par droit commercial les règles qui traduisent en termes juridiques l'activité économique en général, les opérations qu'elle comporte, son armature, ses mécanismes. Aussi, l'expression droit commercial est-elle impropre; elle traduit d'une manière imparfaite, trop étroite, la réalité qu'on veut lui faire exprimer. Si ce droit est encore appelé aujourd'hui « commercial », c'est en souvenir de l'époque lointaine où l'activité économique se réduisait pratiquement au trafic des marchandises, au négoce, au commerce dans le sens le plus strict.

Aussi a-t-on proposé d'abandonner l'expression traditionnelle et de la remplacer par une autre : le droit des affaires, comme le souhaite M. Hamel, ou le droit économique (26).

Si le droit commercial n'était réellement que le droit des marchands, on serait obligé d'admettre que son domaine doive aujourd'hui aller en se rétrécissant et l'on pourrait douter à juste titre qu'il mérite encore d'être reconnu comme une discipline autonome. Mais certains auteurs (27) estiment que si l'on entend le droit commercial dans son sens plus général et logique de « droit

(26) FRÉDÉRICQ (L.) : *Traité de droit commercial belge*, 1946, T. I, n. 2 *in fine*.

(27) Cf. VAN RYN (J.) : « Autonomie nécessaire et permanente du droit commercial », *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 565; HOUIN (R.) : « L'unification interne du droit privé en France », *Unification interne du droit privé*, *op. cit.*, 1954, p. 106.

Ces auteurs estiment que cette conception du droit commercial est la seule qui permette de comprendre son évolution actuelle et d'affirmer que dans le cadre juridique transformé d'aujourd'hui, il garde son autonomie et reste une discipline propre.

L'ampleur de l'évolution actuelle est frappante. Le phénomène le plus remarquable dans tous les pays est l'intervention grandissante des pouvoirs publics dans l'activité économique, l'apparition d'entreprises d'un genre nouveau, beaucoup plus rigides, plus réglementées, inspirées d'un esprit différent, qui n'est plus l'esprit de compétition, de concurrence des entreprises traditionnelles.

Mais cette transformation, si profonde soit-elle, pensent certains auteurs, n'empêche pas que les activités économiques continuent d'avoir besoin de leur régime propre. Les entreprises économiques d'Etat, quelle que soit leur forme juridique, ne sont pas de simples personnes de droit public comme les autres. Leur régime est hybride car elles n'échappent pas à l'emprise du droit public, mais pour conserver leur vitalité on leur laisse une autonomie relative et on leur permet de fonctionner suivant les techniques et les méthodes propres à la vie des affaires.

Aussi, cette conception du droit commercial, entendu comme un droit économique, semble être parfaitement d'actualité; elle semble être la seule conciliable avec l'évolution actuelle des phénomènes juridiques et économiques générale à tous les pays.

des affaires », ou, mieux encore, de droit des activités économiques, on met en évidence un principe d'unité juridique logique qui peut permettre de justifier le groupement en une seule discipline de règles diverses existant dans certains droits positifs. Cela permet aussi de comprendre que les transformations du monde économique auxquelles nous assistons n'impliquent nullement la disparition ni même le déclin d'un tel droit commercial. Le droit qui régit les activités économiques a toujours été, en effet, essentiellement mouvant.

Le domaine d'application d'un droit doit être, conformément à la logique, déterminé par son objet. Celui du droit commercial doit donc être, sur un plan différent, le même que celui de l'économie politique, c'est l'ensemble des règles juridiques relatives à l'activité de l'homme, appliquée à la production, à l'appropriation, à la circulation et à la consommation des richesses, organisée en vue du rendement économique le meilleur (28).

Ainsi, nous voyons que le droit commercial entendu dans son sens large a un domaine extrêmement vaste et que le commerce n'est que l'un des anneaux de la chaîne que constitue l'activité économique tout entière (29).

Or cette définition logique et large du droit commercial telle que semble l'admettre en général la doctrine continentale paraît être aussi celle du droit anglais. Par « commercial law », en effet, le juriste anglais n'entend pas exclusivement le droit des commerçants, mais par cette expression il entend le droit applicable aux activités économiques en général. Gutteridge montre clairement que le droit commercial a ce sens très large en droit anglais quand il dit (30) :

« Les matières que recouvre le terme "droit commercial" sont indéterminées. L'usage de l'expression "droit commercial" est

(28) Cf. SAY (Léon) et CHAILLEY (J.) : *Nouveau dictionnaire d'économie politique*, 1900, T. I, p. 764. Cf. aussi *infra*, p. 68, le tableau de WRIGHT (F.J.), où cet auteur montre les relations du droit commercial et de l'économie politique.

(29) Cf. LAUFENBURGER (H.) : *Le commerce et l'organisation des marchés*, 1938, p. 9.

(30) GUTTERIDGE (H.C.) : *Contract and commercial law*, 51 L.Q.R., 1935, p. 91 : « The area which is covered by the term "commercial law" is a matter of uncertainty. The use of the phrase "commercial law" is, of course, purely conventional and has come in the course of time to include not only the law of business contracts but also a number of other matters such as the law of bankruptcy, patents, trade marks and designs and the law of corporations and partnerships... The object of commerce is to deal in merchandise and if we adopt this criterion, commercial law can be defined as the principal rules which apply to contracts for the sale of goods and to such contracts as are ancillary thereto, namely, contracts for the carriage and insurance of goods and contracts the main purpose of which is to finance the carrying out of contract of sale... »

évidemment purement conventionnel et est arrivé progressivement à inclure, non seulement le droit des contrats d'affaires, mais aussi nombre d'autres questions telles que le droit de la faillite, des brevets d'invention, des marques de fabrique et le droit des sociétés... Le négoce des marchandises constitue l'objet du commerce et, si nous admettons ce critère, le droit commercial peut être défini comme la réglementation qui s'applique aux contrats de vente de marchandises et à leurs dérivés, principalement les contrats de transport, d'assurance et ceux qui servent à financer l'exécution du contrat de vente... »

Ainsi les traités sur la « mercantile law » traiteront de la vente en général (sale of goods), du contrat d'agence (agency), des instruments négociables, du contrat d'assurance, du droit maritime (shipping), etc. (31). De même la « Commercial Court » sera compétente pour les litiges portant sur des contrats d'affaires, sur des questions d'instruments négociables, d'assurance, de vente, etc., (32).

Dans notre étude, nous entendrons donc l'expressoin droit commercial non pas dans son sens traditionnel et étroit de droit des commerçants, mais dans son sens large de droit des activités économiques que semblent lui reconnaître aujourd'hui, conformément à la logique, à la fois la doctrine continentale et le droit anglais. En étudiant la distinction du droit civil et commercial en droit anglais, nous chercherons donc à savoir dans quelle mesure la réglementation appliquée aux matières commerciales, aux activités économiques en général, diffère du droit commun.

Nous avons ainsi déterminé les éléments de la distinction que nous nous proposons de rechercher en droit anglais : ce que nous entendrons par droit civil, ce que nous entendrons par droit commercial. Il nous reste à préciser maintenant quel genre de distinction nous nous proposons de rechercher.

DISTINCTION TECHNIQUE OU DISTINCTION DE FOND

Il existe, en effet, plusieurs façons d'envisager une distinction (33).

(31) Cf. GRIFFITHS (O.) : *Elementary mercantile law*, 8^e éd., 1951; CHARLES-WORTH (J.) : *The principles of mercantile law*, 8^e éd.; CHITTY (J.) : *Mercantile contracts*, 1^{re} éd., London, 1955; CHANCE (E. W.) : *Principles of mercantile law*, 12^e éd.

(32) Cf. *Recueil des « Commercial cases »*.

(33) Cf. DAVID (René) : *Cours de doctorat, Droit comparé*, 1951-1952, « Introduction au droit des Etats-Unis d'Amérique », pp. 172 et suiv., où l'auteur montre les nombreuses différentes façons d'envisager une distinction d'ordres juridiques.

On peut, d'abord, envisager la distinction de deux disciplines juridiques sous un aspect étroit en tant que distinction technique. Droit civil et droit commercial se distingueront dans leurs règles. L'existence des règles propres est la preuve de l'existence d'un droit commercial distinct du droit civil. Pas de règles particulières aux matières commerciales, pas de droit commercial. On définit donc le droit commercial par sa technique (34).

Mais on définit alors aussi le droit commercial comme une simple technique et non comme une discipline juridique, car une technique spéciale ne signifie pas une discipline particulière. Une même discipline connaît et peut utiliser de techniques variées.

Ainsi, le droit administratif, entendu comme une discipline propre, emprunte tantôt les règles de droit privé et tantôt se sert de règles absolument dérogatoires au droit commun. Il connaît ainsi deux techniques. Si donc, on ne le considérait que sous l'angle de sa technique, il ne faudrait parler de droit administratif distinct du droit privé que lorsqu'il mettrait en jeu des règles exorbitantes dérogatoires du droit commun. Et telle fut pendant longtemps la conception que se firent nombre d'auteurs du droit administratif. Mais peu à peu les juristes s'insurgèrent contre une conception aussi étriquée du droit administratif. Et poussant l'analyse plus à fond ils découvrirent que la distinction du droit administratif et du droit privé n'est pas limitée à une distinction de règles, mais que le droit administratif se distingue foncièrement du droit privé par ses fondements, son objet, ses sujets de droit si bien que, comme l'a montré d'une façon péremptoire M. Eisenmann (35), le droit administratif garde son autonomie et se distingue du droit privé même quand il applique les mêmes règles que le droit privé (36).

Ainsi est apparu un deuxième genre de distinction, une distinction de fond : deux disciplines juridiques se distinguent l'une de l'autre, indépendamment de leurs différences de règles, lorsqu'elles ont des fondements différents, un objet différent, des sujets de

(34) Il convient d'ailleurs de remarquer qu'une identité de technique entre opérations civiles et commerciales est souvent proclamée à tort et est souvent plus apparente que réelle. Le juriste cherche, en effet, parfois par souci de simplification, à expliquer par un même procédé technique des réalités toutes différentes. Ainsi, comme le fait remarquer M. RIPERT (*Aspects juridiques du capitalisme*, 1951, p. 94), nombre d'opérations commerciales (et d'ailleurs aussi d'opérations administratives) sont expliquées d'une façon tout à fait insatisfaisante par la technique du contrat.

(35) *Cours de doctorat*, 1952-1953, pp. 18 et suiv.

(36) L'exemple des droits nationaux nous montre aussi fort bien que l'autonomie d'un droit ne dépend pas du particularisme de ses règles : les droits nationaux sont autonomes même lorsque leurs règles sont identiques, comme il arrive souvent.

droit différents. Cette distinction de fond est la distinction essentielle. Une discipline juridique ne sera, en effet, pleinement autonome que si elle se distingue par sa nature même des autres disciplines juridiques. La distinction du droit civil et commercial n'a donc vraiment de sens que si c'est une distinction de fond, de nature. « La question de l'unification du droit civil et du droit commercial doit être envisagée sur un plan plus élevé que celui des applications spéciales, pratiques, qu'elle comporte. Il ne suffit pas de considérer l'objet et le contenu des règles tant du droit civil que du droit commercial. La véritable question est de savoir si, par principe, nous devons admettre l'existence d'un droit commercial distinct du droit civil, parce que les deux catégories de règles ont une nature différente et correspondent à une utilité différente. Le problème est au premier chef un problème de philosophie du droit, et il est de mauvaise méthode de prétendre le résoudre en considérant seulement les applications pratiques ou certaines des applications pratiques qui dérivent de sa solution. La distinction du droit civil et du droit commercial n'a de sens véritable que si on le rapporte à des principes généraux fournis soit par l'histoire, soit par la théorie générale du droit » (37).

Cette distinction de fond est indépendante de la distinction technique; elle peut exister sans qu'il y ait de différence de règles. Pourtant il convient de remarquer qu'en fait, généralement, il n'en est pas ainsi. Toute discipline, en effet, ayant des fondements propres, un esprit propre a, par le fait même, des besoins particuliers qui justifient des règles spéciales, une technique appropriée (38). Un système juridique établissant un droit commercial autonome, différencié dans ses principes mêmes du droit civil, établit en fait toujours des distinctions de règles, de technique.

Il existe donc deux genres de distinction possibles :

- une distinction de technique : une discipline est autonome lorsque et dans la mesure où elle jouit de règles spéciales;
- une distinction de fond : une discipline est autonome quand elle possède des fondements propres, un esprit propre.

Or, il est fort important de déterminer quelle sorte de distinction existe dans un système juridique donné, car les enseignements

(37) DAVID (René) : *Unification interne du droit privé*, op. cit., 1954, p. 93.

(38) Cf. PERROT (Roger) : *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse Paris, 1947; VAN DER EYKEN : *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, p. 65 (« Plusieurs moyens peuvent en général conduire au but capital, mais parmi eux il y en a toujours un qui, aussi efficace que les autres à cet égard, amène un moindre mouvement dans le reste des événements, évite davantage de contrecoups fâcheux, tient le même compte du but global à atteindre et mérite par excellence d'être appelé moyen. »).

que le juriste en tirera sur le plan national et sur le plan international, seront tout à fait différents.

La distinction du droit civil et du droit commercial est-elle simplement une distinction de technique, il n'y aura pas alors véritablement autonomie du droit commercial (39). La distinction ne sera pas reconnue internationalement : certains pays la connaîtront, d'autre pas. De plus, à l'intérieur d'un même pays cette distinction sera contingente : elle existera à certaines époques, disparaîtra à d'autres. Ce sera une distinction factice que, *de jure ferenda*, il faudra essayer de supprimer, comme compliquant arbitrairement le droit privé et ne se justifiant pas logiquement.

Au point de vue pratique même, elle serait alors un obstacle à l'unification internationale du droit, si recherchée aujourd'hui. Etant une distinction connue de certains pays seulement, elle compliquerait le travail d'unification internationale en limitant le champ d'application des accords obtenus. Un droit des obligations unifié serait plus difficile à obtenir des pays qui n'appliquent pas les mêmes règles aux obligations civiles et commerciales. Dans ces pays, le droit international des obligations risquerait de n'être admis que pour certaines obligations seulement : les obligations commerciales.

S'agit-il, au contraire, d'une distinction de fond, basée sur les fondements propres du droit commercial, reconnaissant un esprit propre à ce droit, elle existera alors à toutes les époques dans tous les systèmes juridiques. Elle sera simplement formulée plus ou moins explicitement suivant justement qu'elle s'accompagnera de règles spéciales.

Dans le domaine du droit national elle facilitera et améliorera le travail du juriste lui montrant toujours les deux aspects suivant lesquels une question doit être étudiée, l'aspect civil et l'aspect commercial. Il étudiera ainsi si la règle qu'il édicte respecte bien à la fois les intérêts commerciaux et les intérêts civils, si cette même règle s'adapte à la fois au droit commercial et au droit civil, ou s'il faut une réglementation distincte.

Au point de vue du droit international, avec cette distinction, les matières à unifier sont définies, les données du travail d'unification sont bien posées, le champ d'étude est clairement délimité : il y a deux études différentes à faire : droit commercial comparé, droit civil comparé ; il y a deux unifications internationales à réaliser : droit commercial et droit civil.

(39) Cf. DAVID (René) : *L'unification interne du droit privé*, op. cit., 1954, pp. 92 et suiv.

Il ne suffira donc pas dans notre étude de constater qu'une distinction entre le droit civil et commercial existe ou n'existe pas, il sera indispensable aussi de préciser de quel genre de distinction il s'agit.

1° Existe-t-il en droit anglais pour les matières commerciales, des règles spéciales déroгатives du droit commun ? C'est la recherche d'une distinction technique.

2° Le droit commercial fait-il l'objet d'un concept ou d'une discipline scientifique qui lui sont propres ? C'est la recherche d'une distinction de fond.

*
**

Voici donc délimité le cadre de notre étude; nous savons maintenant quel genre de distinction nous nous proposons de rechercher.

Mais, pour être à même de bien comprendre les rapports actuels du droit civil et du droit commercial dans le droit anglais, il est nécessaire de connaître leur histoire.

Avant d'examiner la distinction du droit civil et du droit commercial dans le droit positif anglais actuel, nous allons donc, dans un chapitre préliminaire, rappeler brièvement l'histoire de la Law Merchant et de ses rapports avec la Common Law.

PARTIE PRELIMINAIRE

L'HISTOIRE DE LA LAW MERCHANT

Depuis le Moyen Age jusqu'au XVIII^e siècle, l'Angleterre connut un droit commercial spécial, la Law Merchant, totalement différent du droit ordinaire. Mais, à partir du XVI^e siècle le droit ordinaire, la Common Law, absorba progressivement la Law Merchant et, au XVIII^e siècle, l'unité du droit anglais est officiellement proclamée.

SECTION I

LA PÉRIODE D'AUTONOMIE DE LA LAW MERCHANT

I. — La formation de la Law Merchant.

LES ORIGINES PREMIÈRES DE LA LAW MERCHANT, LE DROIT UNIVERSEL DES MARCHANDS (1)

Dès le Moyen Age, les commerçants anglais connurent le droit universel des marchands. Ce droit se caractérisait par son uniformité et son universalité. Au milieu de la diversité des lois locales, la loi des marchands reste partout la même dans ses traits essentiels; elle commande obéissance partout et dans tous les temps,

(1) Cf. BEWES (W.A.): *The Romance of the Law Merchant*, London, 1923, pp. 3 et suiv.

les peuples et les siècles se la transmettent (2). Depuis ses origines, cette loi s'est toujours développée complètement à part du droit ordinaire.

L'origine de ce droit des marchands est extrêmement ancienne. Au ^{xix}^e siècle avant J.-C., le Code de Hammourabi accorde déjà aux marchands des règles spéciales, remarquables par leur précision et leur sens pratique. Les Phéniciens, les Grecs, les Romains, les Arabes connurent aussi un droit commercial. A l'époque des Croisades le droit des marchands couvrait une immense étendue. D'une part, les Arabes, entre l'époque de Mahomet et les Croisades, avaient développé leur commerce très loin vers l'Est : par mer jusqu'en Indochine et par terre en Perse, aux Indes, à Samarcande et jusqu'au sud de la Russie. D'autre part, c'est à cette époque que le commerce de la Méditerranée proprement dite renaît. Les peuples occidentaux participent au commerce oriental et adoptent certainement très vite le droit maritime de l'Orient, de Gênes, de Pise, de Venise et les coutumes commerciales centenaires qui avaient cours avant leur venue. A travers les grandes foires et par-dessus la diversité des lois locales, le droit des marchands s'étend vers l'Ouest, et les commerçants anglais, grands rouliers des mers, le connurent certainement très tôt.

Aussi peut-on dire que les origines premières de la Law Merchant sont très anciennes et variées; ce sont notamment les vieilles coutumes commerciales de la Méditerranée : la Lex Rhodia (^{xr}^e siècle avant J.-C.), la Roman Law (*Corpus Juris Civile* de Justinien), les Basiliques (à la fin du ^{ix}^e siècle sous les empereurs Basile I^{er} (367-886) et Leo VI (886-912) et, enfin, la nouvelle collection de la Rhodian Sea Law.

LES SOURCES DIRECTES DE LA LAW MERCHANT (3)

D'une façon plus précise, la partie maritime de la Law Merchant naquit de la fusion des trois principales coutumes du droit maritime de l'Europe.

1. — Les Rôles d'Oléron (Rolls of Oleron) que les marchands anglais rapportèrent de l'Atlantique; ils formèrent l'« Oak Book » de Southampton et le « Little Book » de Bristol et furent incorporés plus tard au « Black Book » de l'Amirauté.

(2) Au point que certains prétendent que cette loi universelle des marchands est le meilleur argument en faveur du droit naturel. Cf. BEWES, *op. cit.*, p. 137.

(3) Cf. HOLDSWORTH (W.): *A history of English Law*, 7^e éd., 1956, vol. I, pp. 526 et suiv.

2. — Le « Consulat de la Mer » qui viendrait, dit-on, de Catalogne et que les marchands anglais rapportèrent de la Méditerranée.

3. — Les coutumes de Lubeck et de Wisby, qu'ils rapportèrent beaucoup plus tard de la Baltique.

Ces coutumes étrangères contribuèrent aussi à la formation du droit commercial terrestre en se fusionnant avec les coutumes locales anglaises dont les plus célèbres sont celles de Londres (le recueil de ces coutumes s'appelle le « White Book of London »), celles de Bristol (recueil : le Red Book of Bristol), et celles d'Ipswich (recueil : le Domesday of Ipswich »).

LA RECONNAISSANCE OFFICIELLE DE LA LAW MERCHANT

Dès le XIII^e siècle, la royauté anglaise reconnaît l'autonomie de la Law Merchant et, en la complétant par des « statutes » et des « Codes of Rules » spéciaux, elle affirme sa distinction de la Common Law (4).

En 1283, le « Statute of Acton Burnell » régleme l'enregistrement des dettes commerciales dans les principales villes : l'acte doit être marqué du sceau du débiteur et d'un clerc officiel ; en cas de non-paiement le maire doit ordonner la vente des biens du débiteur, et s'il n'en a pas, il doit l'emprisonner.

En 1285, « The Great Statute of Merchants » établit qu'en cas d'inexécution on commence par emprisonner le débiteur. Si, au bout de trois mois, il n'a pas payé, le créancier peut vendre les propriétés du débiteur et garder en gage la terre.

En 1303, Edouard I^{er} institue « l'earnest », appelé encore « God's penny » ou versement d'arrhes comme un moyen de preuve de la conclusion du contrat par les commerçants. Tout contrat de vente de marchandises passé par un commerçant et une personne quelconque sera définitif et ne pourra être résilié une fois que le « God's penny » aura été versé. Par cette réglementation spéciale édictée dans l'intérêt du commerce et des commerçants, le Roi reconnaît ainsi l'autonomie du droit commercial.

C'est en 1303 également qu'Edouard I^{er} édicte la fameuse *Carta Mercatoria* qui promet aux marchands étrangers une justice rapide *secundum legem mercatoriam* rendue par les *officiales periarum, civitatum, burgarum et villarum mercatoriarum*. Si le Maire et les sheriffs de Londres ne tenaient pas leur cour chaque

(4) Cf. PLUCKNETT (T.) : *A concise history of the Common Law*, 4^e éd., p. 371.

jour, un autre jury leur serait substitué. Dans tous les procès, sauf ceux de nature capitale, la moitié du jury serait composé de marchands étrangers.

LA LAW MERCHANT A SON APOGÉE

A la fin du ^{xiv}^e siècle, lorsqu'elle a atteint son apogée, la Law Merchant présente les caractéristiques suivantes (5) :

- la bonne foi préside aux rapports entre commerçants;
- on peut contester oralement un document écrit;
- la propriété de la chose vendue passe à l'acheteur sans tradition;
- sauf clause contraire, la coutume locale s'applique;
- le vendeur non payé a un droit de gage sur les marchandises aux mains de l'acheteur;
- dans une société chaque membre agit pour le compte de toute la société et l'engage;
- les sociétés constituées oralement sont valables;
- il existe des sociétés à responsabilité limitée;
- le simple agent commercial salarié établit des relations légales entre son maître et les tiers;
- la preuve peut se faire par le livre journal du commerçant;
- il existe un intérêt légal pour les prêts commerciaux;
- la rescision pour lésion existe en matière commerciale.

Nous voyons donc qu'au ^{xv}^e siècle il existait, en Angleterre, un droit spécial pour les commerçants, la Law Merchant, reconnu officiellement, de caractère international (6), entièrement différent du droit ordinaire, de la Common Law, qui s'était formé à part, qui avait ses sources et ses règles propres. La Law Merchant maritime et terrestre, déclare le grand historien anglais Holdsworth, s'appliquait seulement aux marchands qui, étrangers ou sujets du Royaume, formaient au Moyen Age une classe très distincte du reste de la société. Toutes deux grandirent d'une façon semblable à partir de pratiques coutumières d'une classe à part. Ces deux droits étaient appliqués par des juridictions distinctes des Cours ordinaires. Tous deux différaient de la Common Law, tous deux avaient un caractère international (7).

(5) Cf. BEWES (W. A.) : *op. cit.*, p. 19.

(6) Lord MANSFIELD déclarait, au ^{xviii}^e siècle : « La loi maritime n'est pas la loi d'une nation particulière, mais la loi générale des nations. » Luke v. Lyde, 1759, 2 Burr. 887.

(7) HOLDSWORTH (W.) : *A history of English Law*, 7^e éd., 1956, vol. I, p. 526.

II. — Les juridictions de la Law Merchant.

En même temps que la Law Merchant, se développèrent des juridictions commerciales distinctes des Cours royales. Les Cours de Common Law, ignorant les coutumes commerciales, ne pouvaient appliquer la Law Merchant; et elles ne le voulaient pas, n'admettant pas qu'une limite pût être apportée au champ d'application du droit commun. Aussi, à mesure qu'ils réglementaient leurs rapports à l'aide d'un droit qui leur était propre, les marchands anglais créèrent des juridictions spéciales, capables d'appliquer ce droit particulier.

1^o PÉRIODE DES JURIDICTIONS LOCALES (8)

Jusqu'au règne d'Edouard III (1327-1377) la Law Merchant ne connaît que des juridictions locales, les Local Courts, particulières à chaque contrée, appliquant les coutumes commerciales propres à leur région. Il y avait les « Maritime Courts » et les « Commercial Courts ».

— Les « Maritime Courts » sont compétentes pour les litiges maritimes. Elles existent dans les « seaports towns » : Ipswich, Yarmouth, Newcastle, Bristol, Londres, Liverpool. On les appelle « Admiralty jurisdictions », mais l'amiral n'est pas le juge. Ces « Admiralty jurisdictions » sont contrôlées par la Couronne. Peu à peu leurs attributions passèrent à une nouvelle Cour créée au XIV^e siècle, la Cour de l'Amirauté, tout à fait différente malgré la similitude de nom. Finalement, les « local Admiralty jurisdictions » seront supprimées en 1835 par le Municipal Corporations Act (9).

— Les « Commercial Courts » jugent les litiges terrestres. Elles ressemblent d'ailleurs beaucoup aux Cours de « Maritime Law ».

Dans les foires, on trouve les « Cours de Pied Poudre », qui appliquent des règles simples de caractère international; elles n'appliquent pas de règles techniques particulières à un pays où les marchands viennent de partout.

Dans les villes les commerçants ont le droit de tenir des juridictions spéciales; certaines existent encore : « The Lord Mayor's Court » à Londres, « the Talzey Court » à Bristol, « the Liverpool Court of passage ». Les « guildes » des villes, qui ont des organisations corporatives, des groupements professionnels ont parfois des juridictions arbitrales propres à leur profession. Même les

(8) Cf. HOLDSWORTH (W.) : *op. cit.*, vol. I, pp. 530 et suiv.

(9) Seule subsista la juridiction des Cinque Ports (Hastings, Douvres, Sandwich, Hythe et Romney). Elle n'a même pas été touchée par le Judicature Act de 1873, et elle existe encore.

marchands étrangers obtiennent parfois officiellement des juridictions séparées (10). Ils ont, en effet, la faveur de la Couronne qui les voit faire prospérer le Royaume et trouve en eux des prêteurs. Certaines villes, enfin, ont le privilège d'avoir des « Courts of the Staple » (11) qui appliquent la Law Merchant et ont une compétence très étendue.

Tout au cours de cette période, il y a une étroite interdépendance des « Maritime Courts » et des « Commercial Courts », de la « Merchant Law » et de la « Maritime Law ». Les unes et les autres appliquent la « Law Merchant », les unes et les autres sont des parties de la « Law Merchant ». Mais, au milieu du XIV^e siècle, apparaît la Cour de l'Amirauté et avec elle se fait la scission entre les deux branches de la Law Merchant.

2° LA COUR DE L'AMIRAUTÉ (12)

La naissance de la Cour de l'Amirauté

Au début, l'Amiral n'avait qu'un simple pouvoir disciplinaire sur sa flotte; mais, au milieu du XIV^e siècle, la royauté lui reconnaît un véritable pouvoir juridictionnel. La raison semble en être les difficultés diplomatiques occasionnées au Roi par la piraterie de ses sujets, qui donne lieu à de constantes négociations avec la France et la Flandre au point qu'en 1337 Edouard III a dû payer des indemnités aux Flamands, aux Génois et aux Vénitiens, et que bientôt il entre en guerre avec la France. En 1340, c'est la victoire de Sluys et l'Angleterre acquiert la maîtrise des mers. Sans doute est-ce à ce moment-là que le roi crée la Cour de l'Amirauté (13). Mais ce n'est qu'en 1357 que l'on trouve pour la première fois une référence certaine à la Cour de l'Amirauté. Le roi de Portugal avait fait une réclamation au nom d'un de ses sujets à propos de marchandises prises par un Anglais sur un vaisseau français. Edouard III répond que l'Amiral avait jugé qu'elles appartenaient à l'Anglais qui les avait prises, reconnaissant ainsi une juridiction officielle à l'Amiral (14).

(10) Par exemple par la *Carta Mercatoria* de 1303.

(11) C'est en 1353 qu'Edouard II édicte le « Statute of the Staple ».

(12) Cf. HOLDSWORTH (W.): *op. cit.*, vol. I, pp. 545 et suiv.

(13) Cf. les *Select Pleas of the Admiralty*, I, 35-36 : « Il n'est pas déraisonnable de supposer qu'après la bataille de Sluys, Edouard III, agissant sur l'avis de la commission de 1339, étendit la juridiction de l'amiral qui, jusqu'à cette date, avait été surtout disciplinaire et administrative, en lui permettant de tenir une Cour indépendante et de rendre une justice complète en matière de piraterie et en matière maritime. »

(14) *Select Pleas of the Admiralty*, I, 41-42. Une autre référence à la Cour de l'Amirauté est faite en 1360, lorsque John PAVELAY est nommé « capitaneus et ductor » de la flotte, avec des pouvoirs non seulement disciplinaires, mais aussi judiciaires.

Il y avait, au début, plusieurs amiraux et plusieurs Cours, mais dès le commencement du ^{xv}^e siècle, il n'y a plus qu'un seul Lord Haut Amiral et qu'une Seule Cour de l'Amirauté. Au ^{xvi}^e siècle, sous les Tudors, et spécialement sous Henri VIII, la Cour de l'Amirauté prendra un grand développement. Déjà, dès 1364, elle avait été proclamée « Court of Record ». La série des « records de l'Amirauté » s'ouvre en 1524. Un statut de 1532 réglemente l'appel : le Roi désigne pour en connaître une « Court of Delegates » composée de « civilians » (romanistes) et d'un juge de Common Law. En 1832 et 1833 on substitua à la Court of Delegates un Conseil privé et son Judicial Committee.

La compétence de la Cour de l'Amirauté

Progressivement la Cour de l'Amirauté a acquis une compétence extrêmement étendue à la fois quant à sa juridiction ordinaire et quant à sa juridiction des prises.

1° Ordinary jurisdiction ou instance jurisdiction :

Au ^{xiv}^e siècle la Cour de l'Amirauté est une juridiction ordinaire qui connaît aussi bien des affaires civiles que criminelles.

La procédure qu'elle emploie en matière criminelle est tout à fait originale : elle est inspirée du droit romain et, à la différence de celle des Common Law Courts, les procès n'ont pas lieu avec jury mais avec témoins.

En matière civile, la compétence de la Cour de l'Amirauté a continué à se développer jusqu'au ^{xvi}^e siècle où, sous les Tudors, elle englobait alors toutes les espèces maritimes et commerciales (15).

2° Jurisdiction des prises :

Au début, cette juridiction appartient à l'Amiral. Au ^{xvi}^e siècle, elle commence à s'en distinguer et, en 1864, elle dépend de la Cour de l'Amirauté. Aujourd'hui, elle est administrée par la division de la High Court appelée « Probate, Divorce and Admiralty Court ».

La Cour des Prises applique un droit international. « Il faut remarquer que c'est une Cour du droit des Nations, bien que siégeant ici sous l'autorité du roi de Grande-Bretagne. Elle appartient aux autres nations aussi bien qu'à la nôtre; et le fait que les étrangers aient le droit de la saisir, c'est simplement par application de la Loi des Nations et, en particulier, en vertu de principes empruntés à notre jurisprudence nationale » (16).

(15) *Select Pleas of the Admiralty* (S.S.), I, LXVII.

(16) Lord STOWELL dans *The Recovery*, 1807, C. Rob., 348, p. 349.

Nous voyons donc qu'à l'origine, en particulier au XIV^e siècle, il existait en droit anglais un droit commercial tout à fait distinct du droit ordinaire : les commerçants anglais avaient leur droit propre, la Law Merchant, et leurs juridictions propres, Commercial Courts et Admiralty Courts.

Très vite, cependant, une rivalité naquit entre ces juridictions commerciales et les Common Law Courts, qui ne cessa de grandir au cours des siècles. De cette lutte, les Common Law Courts sortirent victorieuses en éliminant progressivement leurs rivales. Au fur et à mesure que disparaissaient les Cours commerciales, les juridictions de droit commun, saisies des litiges des commerçants, appliquèrent les coutumes commerciales et s'efforcèrent de les faire concilier avec les règles de droit commun. Et c'est ainsi que se réalisa peu à peu l'absorption de la Law Merchant par la Common Law.

SECTION II

L'ABSORPTION DE LA LAW MERCHANT PAR LA COMMON LAW

I. — La rivalité des Cours de Common Law et des juridictions commerciales.

Les attaques des Common Law Courts s'exercèrent à la fois contre les « Special commercial courts » et contre l'Admiralty Court.

1. — LA DISPARITION DES « SPECIAL COMMERCIAL COURTS ».

Dès le XIII^e siècle, les Cours ordinaires s'efforcèrent d'étendre leur compétence et de se saisir d'affaires normalement du ressort des « Admiralty jurisdictions » (17). Ainsi en 1296, la Cour de Common Pleas se prétend compétente pour connaître d'un meurtre commis sur mer aussi bien que sur terre, quand le meurtrier vient à terre (18). De même, en 1322, une action en dommages-intérêts pour pillage en mer est portée devant la King's Bench (19).

A partir du XVI^e siècle, le commerce interne n'est plus réglementé par un droit spécial ni par des juridictions spéciales. Les affaires des commerçants et des non-commerçants sont traitées sur le même pied, elles sont gouvernées par la Common Law et les

(17) A ne pas confondre avec la Cour de l'Amirauté; cf. *supra*, p. 21.

(18) Cf. HOLDSWORTH (W.): *op. cit.*, vol. I, p. 532.

(19) *Select Pleas of the Admiralty*, I, 17-18.

Common Law Courts. La Common Law, en fait, a simplement emprunté certaines règles à la Merchant Law, mais néanmoins, désormais, le commerce interne est régi par la Common Law ainsi modifiée et non par la Law Merchant en tant que droit distinct.

Le commerce étranger, au contraire, a été gouverné beaucoup plus longtemps par la Law Merchant. Jusqu'à la fin du ^{xvii}^e siècle, les marchands forment une classe à part sujette à une loi particulière (20). Mais, à la fin du ^{xviii}^e siècle même cette partie de la Law Merchant a été progressivement absorbée par la Common Law. Bientôt il n'existe plus de juridiction spéciale pour marchands (21). La Law Merchant cesse dès lors d'être le droit d'une classe, elle devient une simple partie du droit général de l'Angleterre (22).

2. — LE DÉCLIN DE LA COUR DE L'AMIRAUTÉ.

Les Common Law Courts s'attaquèrent également à la Cour de l'Amirauté. Déjà en 1389 et 1391, deux statuts limitèrent sa compétence à la connaissance des affaires ayant pris naissance sur mer à l'exclusion de celles nées sur terre (23).

Un « statute » de 1536 transféra définitivement aux Cours de Common Law la juridiction criminelle de l'Amirauté. Celle-ci, devenue partie de la Common Law, perdit le caractère de souplesse qu'elle avait à l'origine (24).

(20) Cf. MALYNES : *Lex Mercatoria*, Préface et p. 3.

(21) Les quelques juridictions de « pied powders » qui restent encore en Angleterre ne semblent être en réalité que des vestiges du passé sans aucune attribution réelle.

(22) L'arrêt de principe de cette assimilation date de 1621 : Van Heeth v. Turner, *Reports Winch*, p. 24 : « La coutume des commerçants constitue une partie de la Common Law du Royaume; les juges ont le devoir d'en prendre connaissance; et si quelque doute leur survient au sujet de cette coutume, ils peuvent s'enquérir auprès des commerçants aux fins de connaître leur coutume... »

(23) 13 Richard II St. I c. 5 et 15 Richard II c. 3 : « Les amiraux et leurs délégués ne se mêleront plus dorénavant de ce qui se passe à l'intérieur du royaume, mais seulement de ce qui se fait sur mer... »

(24) HOLDSWORTH cite, comme exemple de ce nouveau caractère de rigidité du droit criminel maritime, l'espèce Reg. v. Keyn (L.R. 2 Ex. Div. 63, 202), où aucun accord de juristes internationaux n'a été regardé comme suffisant pour donner aux Cours anglaises compétence criminelle sur les étrangers, du moment qu'elle n'était pas reconnue par la Common Law. COCKBURN C.J. refusa d'admettre qu'un accord de juristes put faire en droit criminel maritime ce qu'il lui avait reconnu le droit de faire dans une autre branche de la vieille Law Merchant, dans l'espèce Goodwin v. Robarts (1875) L.R. 10 Ex. 337.

HOLDSWORTH fait remarquer (*op. cit.*, p. 551) que l'espèce aurait sans doute été tranchée autrement si le droit criminel maritime s'était librement développé dans la Cour de l'Amirauté et non dans les Cours de Common Law.

Ce commentaire du grand historien anglais est intéressant, parce qu'il reconnaît que le droit anglais souffre des insuffisances de la Common Law et de l'absence d'un droit commercial.

La juridiction civile de l'Amirauté, elle, a mieux résisté à l'attaque des Cours de Common Law. En 1575, une entente établit un partage de compétence entre les deux Cours. Mais, en 1606 Coke est nommé à la King's Bench Division; il répudie l'entente et dénie toute compétence à l'Amirauté (25). Les Common Law Courts affirment d'abord leur compétence pour les contrats passés en Angleterre ou ceux dont l'exécution doit avoir lieu en Angleterre. Puis, par l'étrange jeu de la fiction du lieu du contrat, les Cours localisent en Angleterre un contrat passé à l'étranger, en prétendant que la place étrangère est située en Angleterre, et font reconnaître ainsi leur compétence (26). Les juristes justifient ainsi la fiction en disant que la localité où le contrat est passé ne touche pas à l'essence du contrat (27).

Ainsi diminue progressivement l'importance de la Cour de l'Amirauté. En 1632, Charles I^{er} légalise cet état de fait en délimitant officiellement les compétences respectives donnant nettement l'avantage aux Cours de Common Law. La Cour de l'Amirauté reste seulement compétente pour les délits commis en haute mer, pour les contrats faits en haute mer, pour les « prêts à la grosse aventure » devant être exécutés à l'étranger. Par la suite la Cour de l'Amirauté retrouvera peu à peu nombre de ses anciens pouvoirs mais désormais le droit maritime a perdu son caractère international et indépendant, il a été amalgamé au droit anglais, il est devenu partie de la Common Law.

Seule, la juridiction des Prises de la Cour de l'Amirauté a su résister aux attaques des Cours de Common Law. C'est la seule partie de la Law Merchant restée absolument autonome (28).

La Cour de l'Amirauté n'a donc cessé de perdre de son importance au cours des siècles. Très brillante pendant longtemps, au point qu'au début du xvi^e siècle on a pu se demander si elle n'allait pas englober tout le droit commercial, elle ne garde aujourd'hui son originalité et son autonomie qu'en matière de juridiction des Prises. Elle s'est d'abord vue dépouiller de toutes les questions criminelles. Puis les Cours de Common Law lui enlèvent une

(25) HOLDSWORTH : *op. cit.*, vol. I, pp. 553 et suiv.

(26) Déjà en 1375, pour se déclarer compétente dans le cas d'un contrat passé à Honfleur, en Normandie, une Cour de Common Law déclare que Honfleur est dans le comté de Kent (1375), Y.B. 48 Ed. III Hel. 5. La validité de ces fictions est définitivement sanctionnée dans le Dowdale's Case de 1606, 6 G. Rep. 47 b; cf. HOLDSWORTH : *op. cit.*, vol. V, p. 142.

(27) Pour répondre aux objections des romanistes, BLACKSTONE remarque que de semblables fictions existaient en droit romain : fictions du *postliminium*, *lex Cornelia*; cf. BLACKSTONE : *Comm.*, III, p. 107.

(28) Cf. HOLDSWORTH : *op. cit.*, vol. I, p. 568.

grande partie de sa juridiction ordinaire en matière civile et les questions qui restent de sa compétence ou qui lui sont restituées par la suite sont désormais régies par un droit national. Les vieilles coutumes internationales qu'appliquait la Cour de l'Amirauté ont dû, sous les attaques des Cours de Common Law, faire une place aux règles de Common Law et s'y amalgamer. Si bien que le droit appliqué aujourd'hui par la Cour de l'Amirauté en matière de juridiction civile est le droit anglais par opposition au droit international d'autrefois.

II. — L'accomplissement de l'absorption de la Law Merchant par la Common Law : Lord Mansfield (29).

A la fin du XVII^e siècle, les juridictions commerciales avaient donc pour la plupart disparu, et celles qui survivaient, comme la Cour de l'Amirauté, avaient perdu la plus grande partie de leur compétence. Les « Common Law Courts » avaient triomphé des « Commercial Courts », la Common Law avait absorbé la Law Merchant.

Néanmoins la fusion se faisait difficilement. Reconnaisant leurs avantages pratiques, les « Common Law Courts » n'avaient pas voulu supprimer toutes les règles de la Law Merchant, mais s'efforçaient de les inclure dans la Common Law. Cela provoquait parfois des conflits de règles et rendait en tout cas celles-ci obscures (30).

Aussi Lord Mansfield (1705-1793), Chief Justice du Banc du Roi de 1756 à 1786, s'efforça d'harmoniser les règles de la Law Merchant, et celles de la Common Law, et de construire un système cohérent (31). Avant l'époque de Lord Mansfield, aucun principe établi ne réglementait les affaires commerciales; avec Lord Mansfield apparaissent un certain nombre de principes généraux de caractère universel, destinés non seulement à régir le cas particulier débattu, mais à servir de guide pour l'avenir.

Ce travail d'harmonisation des deux droits, Lord Mansfield ne le fit pas cependant au détriment de la Law Merchant et au seul

(29) Cf. HOLDSWORTH (W.): *op. cit.*, vol. I, p. 572, vol. V, 2^e éd., 1937, p. 146; LÉVY-ULLMANN : *Le système juridique de l'Angleterre*, T. I : « Le système traditionnel », 1928, p. 330.

(30) Cf. GUTTERIDGE (H. C.): « Lord Mansfield, a comparative jurist of the 18th century », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, 1935, T. III, p. 241 : « Thus a body of unwritten law which was already indefinite in character was reduced to a state which was not far removed from chaos. »

(31) Il est paradoxal de remarquer qu'un siècle auparavant, en France, Colbert séparait définitivement le droit commercial et le droit commun, en établissant en 1673 le Code Savary. Effort d'unification d'un côté de la Manche, effort de distinction de l'autre.

profit de la Common Law, comme aurait pu normalement l'y inciter la tendance générale de l'évolution solidement établie, comme nous l'avons vu, depuis des siècles déjà. Il s'efforça de créer à l'intérieur de la Common Law un système cohérent de droit commercial ce qui explique le surnom qui lui fut attribué de « fondateur du droit commercial » de l'Angleterre (32).

Mais, tenu de respecter l'unité de la Common Law, pour mener à bien son œuvre, il dut en quelque sorte commercialiser la Common Law. Il étendit en somme à toutes les personnes l'application de règles qui ne concernaient dans l'ancienne Law Merchant que les commerçants (33). Le principe de l'unité de la Common Law était ainsi respecté et les besoins des commerçants satisfaits.

Désormais l'absorption de la Law Merchant par la Common Law est définitivement réalisée en ce sens que la Law Merchant n'est plus le droit d'une classe particulière, de la classe des marchands, et n'est plus appliquée par des juridictions spéciales (34).

Mais on peut se demander si Lord Mansfield n'a pas rendu à la Law Merchant, entendue dans un sens nouveau, dans un sens objectif, le caractère d'une discipline autonome en reconnaissant, comme il le fit, au *droit des activités commerciales* en général une origine et une réglementation propres (35).

*
**

(32) Lord BIRKENHEAD : *Fourteen English Judges*, p. 186. « Il examina, reprit ou créa toute la " Law of Merchants " ... Il ne perdit jamais de vue le fait que le commerce international veut que le droit de chaque pays soit établi sur les mêmes principes. »

(33) La composition de la société anglaise à cette époque se prêtait d'ailleurs particulièrement bien à l'accomplissement d'une telle tâche. Pratiquement, toute la société anglaise s'adonnait alors au négoce, si bien qu'il était en réalité souvent factice d'essayer de distinguer, comme en France, commerçants et non-commerçants. Cf. MITCHELL (L.M.) : « Rapports du droit civil et du droit commercial en droit anglais », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1934, p. 188.

(34) Précisons dès maintenant ici que ce droit des marchands, d'autre part, ne s'est pas transformé en un droit professionnel. Certes, les professions en Angleterre connaissent souvent une réglementation (moins qu'en France pourtant, semble-t-il) ; mais ces règles, qui concernent surtout l'accès à la profession ou la réglementation des litiges (par voie d'arbitrage), ne touchent pas le fond du droit, ou bien alors sont faites simplement en application du droit commun ; elles se retrouvent en tout cas dans d'autres domaines que celui des professions, comme nous le verrons au cours de cette étude. On ne peut donc parler en Angleterre d'un droit professionnel autonome distinct du droit commun, reposant sur des principes juridiques propres et ayant des règles propres.

(35) Cf. GUTTERIDGE (H.C.) : « Lord Mansfield, a comparative jurist of the 18th century », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, T. III, p. 238 et suiv.

L'histoire de la Law Merchant nous montre que si aujourd'hui le principe de l'unité du droit anglais est affirmé et si on ne regarde plus le droit commercial comme une discipline autonome, pendant longtemps, par contre, il en a été différemment : pendant longtemps le droit anglais a été construit sur le principe d'une distinction fondamentale entre droit civil et commercial.

Nous avons vu qu'à l'origine le droit anglais connaissait un droit commercial absolument distinct du droit ordinaire. L'histoire de la Law Merchant nous a montré l'importance des différences d'origine, de développement et de règles de ces deux droits. La Law Merchant anglaise est faite de la fusion de différentes *leges mercatoriae*. C'est un amalgame des usages commerciaux de l'Europe, c'est un droit international qui s'est développé à l'écart de la Common Law alors que celle-ci est un droit national formé des coutumes locales (36). Aussi paraît-il extraordinaire que deux droits d'origine si différentes aient pu s'unifier complètement. Il semblerait, au contraire, vraisemblable que l'esprit et le caractère propre de la Law Merchant aussi bien que certaines de ses règles particulières puissent se distinguer encore maintenant à l'intérieur de la Common Law (37).

Cela paraîtrait d'autant plus vraisemblable que le droit anglais connaît déjà l'exemple d'une distinction juridique historique — celle de la Common Law et de l'Equity — qui, malgré une unification officielle par le législateur, subsiste encore aujourd'hui.

Du ^{xvi}^e au ^{xix}^e siècle, à côté du système traditionnel de la Common Law s'est développé le système concurrent de l'Equity. Des juridictions de deux ordres différents coexistent pendant toute cette période en Angleterre : les premières appliquant le système traditionnel de la Common Law, fondé dans ses grandes lignes sur les idées qu'un honnête homme avait au ^{xiii}^e siècle; les secondes, dérogeant en des points particuliers à ce système, admettant certains remèdes nouveaux ou certaines institutions nouvelles, paralysant d'autres fois le jeu strict de certaines règles de la Common Law, en faisant appel à une idée générale d'équité, qui correspond en fait à l'idée de justice qu'un honnête homme pouvait avoir au ^{xvi}^e siècle. La Cour du Chancelier qui applique l'Equity, statue selon une procédure qui lui est propre, très différente de celle des Cours de Common Law.

(36) Cf. GUTTERIDGE (H. C.) : *Comparative Law, An introduction to the comparative method of legal study and research*, 1946, p. 61.

(37) Cf. WALLACH (F.) : *Introduction to european commercial law*, New York, 1953, Introduction, VII : « The definition of the Law Merchant and its relation to the Common Law is so often unsatisfactory that they point up a need for a study of the problem. »

Au ^{xix}^e siècle le législateur s'efforça de mettre fin à cette division du droit anglais et de réaliser la fusion de la Common Law et de l'Equity. Par les réformes de 1846 puis de 1873-1875 les Cours de Common Law se voient reconnaître le pouvoir d'administrer aussi bien les remèdes d'Equity que de Common Law. Pourtant la volonté du législateur n'a pas réussi au bout de quatre-vingts ans à éliminer une distinction plusieurs fois centenaire. La pratique judiciaire conserve, aujourd'hui encore, la distinction de la Common Law et de l'Equity : les affaires sont réparties entre les divisions selon une classification qui tient compte, en fait, de la distinction traditionnelle, et les juristes anglais continuent à se spécialiser dans l'étude la Common Law ou dans celle de l'Equity.

Pourquoi la fusion se serait-elle réalisée plus facilement entre la Common Law et la Law Merchant ? Il semble que la Law Merchant au contraire ait des raisons de subsister que ne connaît par l'Equity.

Sa distinction d'avec la Common Law, elle, n'est pas seulement centenaire mais immémoriale pourrait-on dire ; elle remonte aux origines du droit anglais. Son élimination est un simple accident de l'histoire et non une réalisation logique puisque nous avons vu que ce ne sont pas des raisons de logique juridique qui l'ont motivée mais qu'elle est simplement le résultat de la lutte de deux juridictions rivales. Enfin parce qu'elle est justement le résultat d'une lutte de juridictions rivales, l'unification de la Common Law et de la Law Merchant apparaît principalement comme une unification de juridictions : il n'y a plus de « Commercial Courts », les Cours de Common Law sont compétentes aussi bien pour les questions commerciales que civiles.

Il y a certes identité de règles en ce sens que les commerçants désormais obéissent aux mêmes règles que les autres individus, mais on peut se demander si, depuis Lord Mansfield, les activités commerciales en général ne restent pas soumises à une réglementation spéciale, reposant sur des principes et des fondements particuliers, différents de ceux de la Common Law, on peut se demander si un droit commercial, entendu dans le sens de droit des activités économiques tel que nous l'avons défini précédemment, ne subsiste pas à l'intérieur du droit anglais.

Ainsi, la première question qui se pose est de savoir si le principe de la distinction du droit civil et commercial, sur lequel le droit anglais s'est construit au cours des siècles, a vraiment complètement disparu aujourd'hui en droit positif. L'étude de la survivance d'une distinction de fond entre droit civil et commercial fera l'objet de notre première partie.

D'autre part, une deuxième question est de savoir si l'unification réalisée au XVIII^e siècle, envisagée sous son aspect technique, l'unification formelle des règles, a vraiment été réalisée complètement. Nous étudierons donc dans une deuxième partie, les limites de l'unification technique.

PREMIERE PARTIE

LA SURVIVANCE D'UNE DISTINCTION DE FOND

Le principe de la distinction du droit civil et commercial sur lequel s'est construit pendant des siècles le droit anglais et qui est resté fondamental jusqu'au XVIII^e siècle, subsiste-t-il encore ou a-t-il complètement disparu aujourd'hui ?

Il y a d'abord toute une partie de la Law Merchant qui subsiste encore, la partie maritime. Aucun juriste anglais ne conteste aujourd'hui que le droit maritime, s'il fait théoriquement partie de la Common Law, obéit en fait à des principes juridiques tout à fait spéciaux, possède ses sources propres et constitue toujours la continuation de la Law Merchant maritime. En réalité, lorsque les Anglais parlent de l'unité de la Common Law et de l'absorption de la Law Merchant par la Common Law, ils entendent le droit commercial dans son sens étroit et en excluent, au moins en partie, le droit maritime (1).

Pourtant, il est curieux de remarquer que les matières dont traite le droit maritime anglais et la réglementation qui s'y applique ne diffèrent bien souvent pas tellement de celles de la Common

(1) Cf. HOLDSWORTH : *op. cit.*, T. VIII, p. 249. Le grand historien anglais montre qu'au XVII^e siècle, au moment de l'absorption de la Law Merchant par la Common Law, le droit maritime, s'il ne resta pas entièrement à l'écart du mouvement d'unification, du moins y résista beaucoup mieux et garda dans une certaine mesure son autonomie.

Law (2). Dans l'ensemble on pourrait même dire que les principes généraux de la Common Law s'appliquent en droit maritime et souffrent simplement des exceptions (nombreuses il est vrai) sur certains points. Mais les exceptions aux règles ne constituent-elles pas un principe presque normal du droit anglais ? Aussi peut-on se demander si, aux yeux des juristes anglais, l'autonomie du droit maritime ne réside pas dans ses sources plus que dans ses règles (3). Il semble que pour eux le droit maritime soit autonome parce qu'il est resté un droit de caractère international qui se développe indépendamment de la Common Law selon les coutumes ou les règles internationales maritimes qu'aujourd'hui les statuts se chargent d'incorporer dans le droit anglais (4).

Nous pouvons, en tout cas, affirmer dès maintenant que l'unité prétendue du droit anglais n'est pas absolue mais relative puisque certaines matières commerciales entendues au sens large, les matières maritimes, sont soumises à une réglementation d'origine spéciale et que le droit commercial maritime est considéré comme un droit à part.

L'exception du droit maritime nous montre que le particularisme du droit commercial est reconnu encore en Angleterre, au moins dans une certaine mesure, et qu'il subsiste une distinction entre au moins une partie du droit commercial et le droit « civil ».

Il convient de remarquer ensuite que même l'idée d'un droit commercial entendu dans son sens étroit, à l'exclusion du droit maritime, semble à première vue n'avoir pas complètement disparu en droit anglais puisque les auteurs anglais continuent encore

(2) Cf. CHORLEY (Lord) and GILES (O.L.): *Shipping Law*, London, 1950, où nous voyons que les matières traitées, propriété du navire, rapports du capitaine et de l'équipage, contrat de transport, assurance maritime, ne diffèrent pas fondamentalement des questions correspondantes de la Common Law et que les principes de la Common Law s'appliquent dans une large mesure. Cf. aussi SCRUTTON (T.E.): *Charterparties and Bills of Lading*, London, 1955.

(3) Ce qui prouverait que la notion d'une distinction de fond indépendante d'une distinction technique n'est pas inconnue des Anglais et que c'est en se plaçant sur le plan d'une distinction de fond qu'il faut expliquer la différence du droit commercial et du droit maritime. Si les juristes anglais reconnaissent seulement au droit maritime la qualité d'un droit autonome, c'est, sans doute, que le droit commercial ordinaire n'a pas les sources ni les fondements propres qui font le particularisme du droit maritime.

(4) Par exemple l'adoption par le « Carriage of Goods by Sea Act de 1924 » (14 et 15 Geo. 5, c. 22) des « Hague Rules ».

à parler de « commercial law », qu'il existe des traités de droit commercial et des recueils de jugements commerciaux (5).

Les juristes anglais affirment cependant qu'il ne faut pas se laisser abuser par l'usage de cette expression « commercial law », qu'en réalité ils ne parlent jamais du droit commercial comme d'une discipline autonome.

« Parler d'un droit commercial comme d'une branche séparée de la Common Law n'est de toute façon pas scientifique. Dans notre système juridique anglais, le droit commercial est simplement une extension des principes généraux du droit des contrats aux opérations spéciales d'un caractère commercial... » (6).

Aujourd'hui les juristes anglais considèrent que la « commercial law » n'existe plus en tant que discipline distincte, ayant une nature propre, des fondements et des règles particulières la distinguant du droit privé commun. Ils voient dans le droit commercial un moyen de classification commode : il formerait simplement une partie de la législation générale, ce serait une notion équivalente à celle du droit de famille ou du droit de propriété par rapport au droit général, il constituerait au même titre un compartiment du droit en général, mais ce ne serait pas une discipline autonome (7).

Et de fait, les traités de droit commercial ne sont pas conçus en raison d'une distinction théorique, de fond, des matières commerciales d'avec les matières ordinaires; ils ne traduisent pas une distinction académique (8). Les auteurs anglais ne traitent jamais des questions commerciales parce qu'elles s'opposent aux questions ordinaires ou en sont différentes, mettant en jeu une réglementation ou des principes particuliers. Par exemple, les traités de Chitty sur les contrats comprennent deux tomes sur les contrats en

(5) Cf. *Recueil des « Commercial cases »*. A en juger par les publications de droit commercial, la « commercial law » connaîtrait un renouveau spectaculaire depuis le XVIII^e siècle, puisqu'une des plus grandes bibliothèques juridiques, celle du Middle Temple, ne possédait en l'an 1700 que quatre volumes de droit commercial (cf. GUTTERIDGE : « Lord Mansfield », *op. cit.*, p. 241), alors qu'aujourd'hui une bibliothèque comme celle de Cambridge en possède des centaines.

(6) GUTTERIDGE (H. C.) : *Contract and commercial law*, 51 L.Q.R., 1935, p. 91. « To speak of "commercial law" as a separate branch of Common Law is in any event unscientific. In our English legal system, commercial law is merely an extension of the general principles of the law of contract to special transactions of a mercantile character... »

(7) Cf. MITCHELL (L. M.) : « Rapports du droit civil et du droit commercial en droit anglais », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1934; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Introduction aux Eléments du droit anglais*, de STEVENS, 1909.

(8) Le droit commercial fait pourtant l'objet d'un enseignement particulier dans deux universités : Londres et Manchester.

général (9) et un livre traitant des contrats commerciaux en particulier (10) mais tous les contrats traités par le livre sur les contrats commerciaux, se retrouvent dans celui sur les contrats en général (11). En réalité, les livres de droit commercial anglais sont des traités pratiques, pédagogiques; ils font simplement une sélection des questions intéressant particulièrement les commerçants ou les candidats aux examens professionnels commerciaux (12).

Aussi sans doute ne faut-il pas attacher une trop grande signification à l'utilisation du terme « commercial law » par le droit anglais.

En réalité, pour connaître la signification exacte de ce droit commercial dont parlent les Anglais, pour savoir s'il est encore dans une certaine mesure, malgré leur affirmation contraire, la discipline autonome qu'il était autrefois à l'époque de la Law Merchant, il nous faut rechercher dans quelle mesure le droit commercial a gardé, malgré son unification théorique à la Common Law, les caractéristiques d'une véritable discipline juridique, c'est-à-dire les sources propres et les fondements propres qu'il connaissait à l'époque de la Law Merchant.

(9) Cf. CHITTY (J.): *On contracts*, London, 1955, 21^e éd.

(10) CHITTY (J.): *Mercantile contracts*, London, 1955.

(11) Cf. aussi CHANCE (F.W.): *Principles of mercantile law*, 12^e éd., où l'auteur divise ainsi son plan: 1) the general type of contract; 2) particular types of contract; et ne présente absolument pas les « particular types of contract » comme une exception au « general type of contract ». Cf. aussi GRIFFITHS (O.): *Elementary mercantile law*, 8^e éd., 1951, qui expose les contrats commerciaux particuliers comme découlant des principes généraux des contrats. Il convient toutefois de remarquer qu'en France la partie générale du droit des obligations est acceptée par le droit commercial quelque autonome qu'il prétende être.

(12) Cf. CHITTY (J.): *Mercantile contracts*, 1955, Préface, V: « Ce livre a été conçu de façon à mettre à la disposition des étudiants de droit commercial un exposé aussi complet que nécessaire des contrats commerciaux. » CHARLES-WORTH (J.): *The principles of mercantile law*, 8^e éd., Préface, p. III: « L'objet de ce travail est de mettre un manuel très sérieux à la disposition de ceux qui préparent les programmes de droit commercial des différents examens professionnels et également de rendre service à ceux qui sont déjà dans les affaires. »

CHAPITRE PREMIER

LES SOURCES PARTICULIERES DU DROIT COMMERCIAL

Le droit anglais, bien qu'étant un droit non écrit, n'est pas, malgré l'affirmation courante, un droit coutumier. La coutume, au sens que nous attribuons en France à cette expression, ne joue dans l'élaboration des règles du droit anglais qu'un rôle des plus restreints (1). Une coutume n'est obligatoire en droit anglais que si elle est immémoriale, c'est-à-dire si le juge peut raisonnablement considérer qu'elle remonte au moins à l'année 1189. Mais exiger d'une personne la preuve que la coutume dont elle se prévaut était effectivement pratiquée en 1189, équivaut en fait à supprimer complètement la coutume comme source de droit, nul ne pouvant parvenir à administrer une telle preuve. Aussi, bien que les juges aient donné une interprétation large de cette condition, la coutume joue en fait en droit anglais un rôle très restreint (2). En réalité, le droit anglais apparaît comme un droit

(1) Cf. DAVID (René) : *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, pp. 119 et suiv.

(2) Remarquons que dans la mesure où le droit anglais est fondé sur les coutumes anciennes, le droit commercial moderne a nécessairement une origine différente de celle de la Common Law; il est en effet alors en grande partie d'origine continentale, étant donné que, comme nous l'a montré l'histoire de la Law Merchant, les coutumes internationales des commerçants du Moyen Age s'inspiraient du droit romain, tel qu'il était pratiqué par les juriconsultes italiens. Cf. GUTTERIDGE : « Lord Mansfield... », *op. cit.*, p. 240.

jurisprudentiel, formé par les décisions judiciaires, il est fondé essentiellement sur la règle du précédent, c'est-à-dire sur l'observation des principes juridiques qui se dégagent des décisions judiciaires (3).

Nous avons vu qu'au contraire la source essentielle de l'ancienne Law Merchant était les coutumes commerciales. Le commerce évoluant sans cesse, se transformant et se modifiant chaque jour, veut un droit souple. Seul un droit fondé sur la coutume, comme l'était la Law Merchant peut avoir cette souplesse (4).

« Une réception large mais méticuleuse des nouvelles coutumes me semble être le meilleur moyen de garder le droit commercial en harmonie avec les exigences du commerce moderne que nous cherchons à satisfaire, et cependant personne ne peut affirmer que nous utilisons ce moyen pour le mieux » (5).

Mais depuis qu'elle a été incorporée à la Common Law, la Law Merchant a théoriquement perdu ses sources propres, elle est soumise à la technique de la Common Law, caractérisée par sa rigidité, par l'application de la règle du précédent et la non-réception des coutumes.

« La coutume des marchands n'est en réalité qu'une règle que les commerçants établissent en dehors de toute formalité pour leur propre usage; le droit commercial devrait donc théoriquement refléter les façons de voir constamment changeantes des marchands. Mais en réalité, c'est seulement avec beaucoup de difficultés que le droit et la pratique peuvent être maintenus en harmonie, parce que, tout en ayant la même origine, chacun d'eux vise un objet différent. La rigidité et les notions logiques plaisent à l'esprit juridique et, sitôt qu'il le peut, le juriste établit un système de principes et de règles qu'il n'abandonne qu'avec réticence. Il se peut qu'il possède bien son sujet au début, mais, parce que celui-ci est vivant, illogique, et plein de contradictions, il risque

(3) Cf. DAVID : *op. cit.*, pp. 125 et suiv.

(4) D'autant plus que, par suite de son origine jurisprudentielle, le droit anglais ignore notre notion de droit supplétif, ce qui le rend beaucoup plus rigide. L'admission des coutumes paraît donc essentielle pour remédier à cette rigidité.

(5) CHORLEY (R. S. T.) : « The conflict of Law and Commerce », 48 L.Q.R., 1932, p. 52. « A sympathetic, yet critical reception of new customs seems to me to afford the very means of keeping the law merchant abreast with the requirements of modern commerce which we are looking for, yet no one could affirm that it is used as it might be. »

de glisser et de sortir du cadre qui lui a été dessiné. Le danger de toute branche du droit est qu'elle s'ossifie » (6).

Pourtant, en fait, aujourd'hui encore des coutumes commerciales, nullement immémoriales, mais d'origine relativement récente (qui ne remontent certainement pas à 1189), semblent être admises par les autorités judiciaires et la règle du précédent semble être appliquée d'une façon beaucoup moins stricte en matière commerciale, comme l'explique fort bien cet auteur anglais quand il dit :

« Les tribunaux tiennent continuellement compte des coutumes du commerce, mais ils donnent au mot "*coutumes*" un sens *beaucoup plus large* que celui qu'il a en *Common Law* (7). Un célèbre juriste disait une fois, plutôt cyniquement, qu'il connaissait un bon nombre de coutumes découvertes par les jurys, mais qu'à sa connaissance, pas une n'avait encore été prouvée; et de fait un jury commercial bien plus au courant de la question que les juristes ou les témoins, déclarera souvent qu'une coutume existe se basant sur une preuve qui aurait été jugée insuffisante d'après les strictes règles de la *Common Law*.

« D'après la *Common Law*, en effet, une coutume doit avoir six attributs. En premier lieu, elle doit dater d'un temps immémorial, qui a été par commodité fixé par la *Common Law* au retour de Palestine de notre Lord Richard en 1189. Mais évidemment quand notre Lord Richard revint de Palestine, le nombre des coutumes commerciales existant en Angleterre était minime, et si l'on veut faire remonter toutes les coutumes commerciales à son retour de Palestine ou à une date plus ancienne, bien peu peuvent être prouvées. En second lieu la coutume doit être continue depuis cette date. Troisièmement elle doit être reconnue universellement; quatrièmement, elle doit être raisonnable; cinquièmement elle doit être certaine; en dernier lieu, elle doit avoir force obligatoire. En fait pour prouver une coutume commerciale vous pouvez vous passer tout de suite de notre Lord Richard; il vous suffit de prou-

(6) DEVLIN (P.): « *Commercial Law and Practice* », 14, M.L.R., 1951, p. 250. « The custom of merchants is after all no more than a rule which merchants informally make for their own conduct and in theory therefore commercial law ought to be a reflection of the constantly changing ideas of conduct which merchants may have. But in truth it is only with much effort that law and practice upon any subject can be kept together; and that is because, though they have the same origin, they are in their motions attracted by different objects. Rigidity and a regular pattern are pleasing to the legal mind, and so soon as he can the lawyer sets up a system of principles and rules from which he is reluctant to depart. He may start close to his subject, but because it is alive, illogical and contrary, it is likely to slip and slither out of the pattern he devises for it. The danger in any branch of the law is that it ossifies. »

(7) Souligné par nous.

ver que la coutume est certaine, qu'on la connaît, qu'elle est raisonnable, qu'elle est pratiquement universelle... qu'elle existe depuis un certain temps (cinq années peuvent suffire) : que les commerçants dans leur profession la considèrent comme obligatoire. Et, en procédant ainsi, le droit se développera continuellement grâce à la découverte de coutumes par des jurys spéciaux » (8).

Ainsi le droit commercial anglais aurait encore ses sources propres : les coutumes. A la différence du droit ordinaire de la Common Law, il apparaîtrait comme un droit coutumier. Nous allons donc rechercher dans quelle mesure les coutumes commerciales sont reçues par les autorités judiciaires et la règle du précédent appliquée d'une façon moins stricte en matière commerciale.

SECTION I

LA RÉCEPTION DES COUTUMES NOUVELLES CONTRAIRES A UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA COMMON LAW

Le droit anglais offre des exemples très nets où une coutume commerciale contraire à un principe général de la Common Law, c'est-à-dire à un principe se dégageant des décisions judiciaires, a été cependant reçue par le juge.

(8) SRUTTON (T. E.) : *The elements of mercantile law*, London, 1891, Préface.

« Cours of Law continually take notice of customs of trade, only to the word "customs" they give a much wider meaning than it bears in the Common Law. A well known lawyer said rather cynically once that he had heard a good many customs found by juries, but he had never heard one proved yet; and it is so that the evidence on which a mercantile jury, who knows a great deal more about the matter than the lawyers or witnesses, very often will find that a custom exists, is such as would not suffice to establish any custom under the strict rules of the Common Law.

« For according to the Common Law a custom must have six attributes. In the first place it must date from time immemorial, which has been conveniently fixed by the Common Law as when our Lord Richard returned from Palestine in 1189. Now, obviously when our Lord Richard returned from Palestine, the amount of mercantile custom existing in England was of the every slightest description, and if one is to trace all one mercantile custom back to his return from Palestine, or if a custom is able to be defeated by proof of a later origin, very few mercantile customs can possibly be proved. The custom must be continuous from that date in the second place. In the third place it must be universally acquiesced in. In the fourth place it must be reasonable. In the fifth place it must be certain; and in the last place it must be binding. Now in proving a mercantile custom you can dispense with our Lord Richard at once; it is sufficient for you to prove that the custom is certain, so that people know what it is; that it is reasonable, that it is fairly universal... that it had existed for some time (five years may suffice); and that merchants in the trade consider it binding; and on those lines the law is continually being added to by the finding of customs by special juries. »

I. — Le cas des Negotiable Instruments.

L'exemple le plus frappant est sans doute celui des titres négociables.

La pratique du « negotiable instrument » est devenue très tôt chose courante parmi les commerçants anglais. Mais les Cours royales, tenues par les règles de la Common Law, ont refusé pendant très longtemps de reconnaître les « negotiable instruments » utilisés couramment par les commerçants et elles ne les ont finalement admis que progressivement, avec réticence et en nombre limité.

La réglementation des « negotiable instruments » est en effet en contradiction avec certains principes fondamentaux de la Common Law :

— en Common Law, personne ne peut transférer de meilleur titre que celui qu'il possède; or, un « negotiable instrument » confère au porteur un titre valable, quels que soient les vices d'origine du titre;

— en Common Law un contrat ne lie que les parties contractantes; or un instrument négociable produit des effets à l'égard des tiers, des porteurs successifs.

Au début du XVIII^e siècle, le caractère de négociabilité des « bills of exchange » seuls était admis par les Cours de Common Law. Les commerçants avaient voulu faire reconnaître le caractère de négociabilité des « promissory notes », mais ils se heurtèrent à une opposition extrêmement forte de certains juges déclarant que l'exception des « bills of exchange » devait être interprétée restrictivement car les principes de la Common Law s'opposaient à la règle de la négociabilité. Holt C. J. déclare : « Les actions en justice fondées sur de tels billets constituaient des innovations d'après les règles de la Common Law » (9). Il a fallu en 1704 un Acte du Parlement pour vaincre l'opposition des Cours (10).

Comme le remarque Holdsworth, cet épisode devait apprendre aux Cours que les coutumes commerciales avaient une valeur juridique même quand elles sont en contradiction avec les règles de la Common Law (11).

(9) *Shelden v. Hentley*, 2 Show. 160.

(10) 3 and 4 Anne, c. 9.

(11) Cf. HOLDSWORTH : *op. cit.*, vol. 8, 1^{re} éd., 1925, p. 176. « This episode taught the courts that they could not wholly ignore approved mercantile custom; that they must adopt their rules to such customs; that in fact there were cases in which " Lombard street must be allowed to give laws to Westminster Hall ". And the eighteenth Century was the show that the courts had learned that lesson. It was a salutary and a necessary lesson; and if it had not been learned, it is difficult to see how a non mercantile set of tribunals could have made commercial law for the greatest commercial nations of modern times. Further it had a beneficial result on the development of the law of negotiable instruments. »

« Cet épisode apprit aux Cours qu'elles ne pouvaient entièrement ignorer les coutumes commerciales en vigueur; qu'elles devaient adapter leurs règles à de telles coutumes; qu'en fait il y avait des cas où "l'on devait permettre à Lombard street d'imposer ses lois à Westminster Hall". Et le XVIII^e siècle devait montrer que les cours avaient retenu cette leçon. C'était une leçon salutaire et nécessaire, car si elle n'avait pas été retenue, il est difficile d'imaginer comment les tribunaux non commerciaux auraient pu créer un droit commercial au profit de la plus grande nation commerciale des temps modernes. De plus, elle eut une influence heureuse sur le développement du droit des instruments négociables. »

Mais la contradiction entre la règle de la négociabilité et les règles de la Common Law était telle, et le respect des Cours pour la Common Law et la règle du précédent si grand que, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les Cours n'ont admis qu'exceptionnellement de nouveaux instruments négociables (12) et qu'il a même fallu parfois encore l'intervention du législateur pour vaincre leur opposition (13).

En 1873, dans l'affaire *Crouch v. Crédit Foncier* (14), Blackburn J., l'un des juges les plus célèbres du XIX^e siècle (15), déclare même catégoriquement que, par l'intégration de la Law Merchant à la Common Law, les règles commerciales ont été fixées définitivement, qu'elles ne peuvent plus être changées et que donc les coutumes commerciales modernes ne peuvent pas être reçues. Et la Cour refuse de reconnaître le caractère négociable des titres d'une compagnie anglaise malgré l'usage bien établi du commerce.

« Il nous reste seulement à examiner si la coutume ou la pratique commerciale de traiter ces sortes de titres comme négociables change quelque chose. Nous devons considérer comme admis qu'une telle coutume a prévalu ces dernières années; mais comme les titres en question sont seulement d'introduction récente, elle ne peut faire partie de la Law Merchant » (16).

Néanmoins, les inconvénients pratiques de la position des Cours de Common Law étaient tels que le point de vue des commerçants

(12) *Miller v. Race* (1758), 1 Burr. 452; *Woohey v. Pole* (1820), 4 B. and Ad. 1; *Confians Stone Quarry Co. v. Parker* (1867), L.R. 3 C.P. 1.

(13) 51 Geo. 3, c. 64.

(14) L.R. 8 Q.B. 374; cf. aussi *Dixon v. Bovill* (1856), 3 Macq. H.L.C. 1 at p. 14.

(15) BLACKBURN est l'un des créateurs de la « law of contract ».

(16) P. 386 : « We have only further to consider whether the custom or practice of trade to treat such instruments as negotiable makes any difference. We must take it as admitted that such a custom has prevailed of late years; but as the instruments themselves are only of recent introduction it can be no part of the law merchant. »

a fini par l'emporter quelques années plus tard, en 1875, dans l'affaire *Goodwin v. Roberts* (17).

Des titres russes et hongrois, payables au porteur, avaient été acquis par un agent de change pour un client qui lui en avait laissé la garde. Quelque temps plus tard, l'agent de change fit un emprunt et donna les titres en garantie, puis il s'enfuit. Le prêteur vendit les titres et le client qui en était le propriétaire intenta une action en justice prétendant que lui seul pouvait en disposer. La « Court of Exchequer » (18) rejeta cette action et déclara que les titres étaient payables au porteur. La « Court of Exchequer Chamber », en premier appel (19), et la Chambre des Lords, en appel final (20), confirmèrent le jugement de première instance.

Le jugement d'appel de la « Court of Exchequer Chamber » est particulièrement intéressant parce qu'il examine longuement la question de l'admission des usages commerciaux nouveaux. Il pose le principe de leur admission et déclare qu'en matière commerciale les règles de droit ne sont pas immuables.

« Il existe une conception d'après laquelle la Law Merchant à laquelle on se réfère est fixée et stéréotypée et qu'elle est incapable d'être développée et étendue de façon à répondre aux besoins du commerce dans les différentes circonstances. Il est vrai que l'on parle quelquefois de la Law Merchant comme d'une branche juridique fixée formant partie de la Common Law dont elle est contemporaine. Mais d'après l'histoire juridique cette vue est tout à fait incorrecte. Le droit commercial — celui qui s'applique aux lettres de change et aux autres effets négociables — bien qu'il forme partie de la *lex mercatoria*, est d'une origine comparative-ment récente. Il est constitué ni plus ni moins par les usages des marchands dans les différentes branches du commerce, ratifiés par les décisions des Cours conformément aux intérêts du commerce et du bien public » (21).

(17) (1875) L.R. 10 Ex. 337.

(18) (1875) L.R. 10 Ex. 76.

(19) (1875) L.R. 10 Ex. 337.

(20) [1876] 1 App. Cas. 476.

(21) Cockburn C.J., p. 346 : « There is a conception that the Law Merchant thus referred to is fixed and stereotyped and incapable of being expanded and enlarged to meet the wants and requirements of trade in the various circumstances of commerce. It is true that the Law Merchant is sometimes spoken of as a fixed body of law forming part of the common law and as it were coeval with it. But as a matter of legal history this view is altogether incorrect. The Law Merchant thus spoken of with reference to bills of exchange and other negotiable securities, though forming part of the *lex mercatoria* is of comparatively recent origin. It is neither more nor less than the usages of merchants and traders in the different departments of trade, ratified by the decisions of Courts of Law with a view to the interests of trade and public convenience. »

Le jugement souligne donc le caractère particulier de l'ancienne Law Merchant faite de coutumes et usages du commerce que les Cours de Common Law ratifiaient dans l'intérêt du commerce et dans l'intérêt public. Le jugement montre ainsi que le but poursuivi par les Cours de Justice était tout à fait spécial quand elles s'occupaient de questions commerciales. Les Cours ne cherchaient pas tant alors à appliquer les règles juridiques de la Common Law et à respecter sa logique juridique qu'à trouver une solution pratique, satisfaisant les intérêts du commerce, en appliquant les coutumes commerciales. Or, le jugement constate que les besoins et les caractéristiques du commerce sont restées les mêmes et que, par conséquent, la Law Merchant a toujours le même rôle à remplir, et pour ce faire elle doit garder ses caractéristiques d'autrefois. Elle doit être souple, elle doit évoluer sans cesse, elle doit être en harmonie avec la réalité commerciale. Elle doit donc être réceptive aux nouveaux usages et coutumes commerciales.

« Pourquoi doit-on dire qu'un nouvel usage qui est né lorsque les circonstances étaient différentes est moins recevable que les usages des temps anciens ? Pourquoi faut-il maintenant fermer la porte à l'admission et à l'adoption d'un usage nouveau lorsque la matière présente un caractère tout à fait analogue, comme si le droit avait été finalement stéréotypé et fixé par quelque loi définitive et décisive ? » (22).

Le Case Goodwin v. Roberts semble marquer un « revirement de jurisprudence » dans la question de l'admission des nouvelles coutumes en droit commercial. Coochburn C. J. rejette catégoriquement l'argumentation de l'arrêt Crouch v. Crédit Foncier (23).

(22) Cockburn C. J., p. 352 : « Why is it to be said that a new usage which has sprung under altered circumstances is to be less admissible than the usages of past times ? Why is the door to be now shut to the admission and adoption of usage in a matter altogether of cognate character, as though the law had been finally stereotyped and settled by some positive and peremptory enactment ? »

(23) La Chambre des Lords se montra beaucoup plus succincte sur cette question ; mais elle sembla néanmoins approuver à plusieurs reprises l'opinion du juge de la « Court of Exchequer Chamber ». Cf. le jugement de Lord CAIRNS (le Lord Chancellor) [1876] 1 App. Cas., p. 490, et celui de Lord SELBORNE, pp. 495 et 496.

Dans cette espèce, dit-il (24), la Cour estimait « qu'on ne pouvait tenir compte de la coutume parce qu'étant d'origine récente, elle ne faisait pas partie de la vieille Law Merchant ». Mais, répond Cockburn : « Pour les raisons que nous avons déjà données, nous ne pouvons accepter cette dernière argumentation. Nous sommes, certes, tout à fait d'accord que connaître la durée d'une coutume peut être essentiel pour savoir dans quelle mesure elle est universelle, mais par contre nous ne pouvons admettre qu'une fois que l'universalité d'une coutume a été prouvée, on puisse prétendre qu'elle n'a pas la moindre raison d'être admise parce qu'il n'est pas sûr qu'elle ait fait partie de l'ancienne Law Merchant telle qu'elle était autrefois reconnue et adoptée par les Cours.

« ... Nous pensons que le jugement de *Crouch v. Crédit Foncier* mérite peut-être d'être approuvé, si l'on tient compte du fait que dans cette espèce on n'avait apporté aucune preuve sérieuse que l'usage était général. Mais nous ne pouvons admettre que, si la preuve d'un usage général avait été apportée, le fait qu'il ne faisait pas partie de l'ancienne Law Merchant aurait été une raison suffisante pour refuser de lui donner effet. »

Désormais, le principe est admis par les juges que les nouvelles coutumes commerciales doivent être appliquées par les Cours de Common Law.

La règle en matière de droit commercial est devenue la suivante en droit anglais : « Une simple convention privée ou une coutume particulière ne peuvent être considérées comme partie de la Law Merchant en vue de faire admettre de nouvelles catégories d'instruments négociables. Mais le fait qu'un usage commercial universellement admis soit moderne n'est pas une raison pour que les tribunaux refusent de le reconnaître comme partie de la Law Merchant. L'idée qu'un usage général ne peut pas être reconnu, uniquement parce qu'il n'est pas ancien, repose sur le principe

((24) P. 356 : « The custom could not have that effect, because, being recent, it formed no part of the ancient law merchant. For the reasons we have already given we cannot concur in thinking the latter ground conclusive. While we quite agree that the greater or less time during which a custom had existed may be material in determining how far it has generally prevailed, we cannot think that, if a usage is once shewn to be universal, it is the less entitled to prevail because it may not have formed part of the law merchant as previously recognised and adopted by the Courts...

« We think the judgment in *Crouch v. The Credit Foncier* may will be supported on the ground that in that case there was substantially no proof whatever of general usage. We cannot concur in thinking that if proof of general usage has been established, it would have been a sufficient ground for refusing to give effect to it that it did not form part of what is called "the ancient law merchant". »

faux que la Law Merchant doit être considérée comme fixée et invariable. Le caractère négociable des obligations émises par une société est maintenant reconnu, en considération du fait qu'il s'agit d'une coutume commerciale générale, quoique moderne » (25).

En 1902 l'espèce *Edelstein v. Schuler* confirme très nettement le principe posé dans *Goodwin v. Roberts*. Bigham J. déclare en effet (26) :

« Il convient aussi de se rappeler que la " Law Merchant " n'est pas fixée et stéréotypée; elle n'a pas été arrêtée dans sa croissance en étant moulée dans un Code; elle est, suivant des mots de Cockburn C. J. dans *Goodwin v. Roberts* (L.R. 10 Ex., p. 346) susceptible d'être développée de façon à répondre aux besoins du commerce dans les différentes circonstances; c'est pourquoi elle approuve et adopte de temps en temps les usages des marchands qui sont jugés nécessaires à la bonne marche du commerce. »

Dans la pratique cependant le domaine d'application de ce nouveau principe par la suite a été relativement peu important, car le législateur anglais a d'une façon générale prévenu les hésitations du juge en promulguant les statuts qui tranchaient les questions, *Bills of Exchange Act* 1882 (27), *Factors Act* 1889 (28) qui confère à tous les titres représentant les marchandises le caractère d'une semi-négociabilité, *Sale of Goods Act* 1893 (29).

Mais il est intéressant de remarquer que le principe de réception des nouvelles coutumes par le juge est limité aux coutumes commerciales. L'histoire des « negotiable instruments » montre en effet que les hésitations des juges des Common Law Courts à

(25) Cf. POLLOCK (F.): *On contracts*, 13^e éd., p. 184 : « Mere private agreement or particular custom cannot be admitted as part of the Law Merchant so as to introduce new kinds of negotiable instruments. But the fact that a universal mercantile usage is modern is no reason against its being judicially recognized as part of the Law Merchant. The notion that general usage is insufficient merely because it is not ancient is founded on the erroneous assumption that the Law Merchant is to be treated as fixed and invariable. The negotiability of debentures issued by limited companies is now recognized on the ground of general though modern mercantile custom. »

Cf. aussi les espèces citées : *Rumball v. Metropolitan Bank* [1877] 2 Q.B.D. 194; *Bechuanaland Exploration v. London Trading Bank* [1898] 2 Q.B. 658.

(26) [1902] 2 K.B. 144, p. 155 : « It is also to be remembered that the Law Merchant is not fixed and stereotyped; it has not been arrested in its growth by being moulded into a Code; it is to use the words of Cockburn C.J. in *Goodwin v. Roberts* (L.R. 10 Ex. at p. 346) capable of being extended and enlarged so as to meet the wants and requirements of trade in the varying circumstances of commerce, the effect of which is that it approves and adopts from time to time these usages of merchants which are found necessary for the convenience of trade. »

(27) 45 and 46 Vict., c. 61.

(28) 52 and 53 Vict., c. 45.

(29) 56 and 57 Vict., c. 71 (a).

reconnaître le caractère négociable à un titre quelconque sont toujours beaucoup plus fortes quand l'usage de ce titre n'est pas limité aux commerçants. Ainsi, la reconnaissance du caractère négociable des « lettres de change » qu'utilisaient les commerçants seuls, ne fit guère de difficulté. Mais les juges se montrèrent beaucoup plus réticents à admettre la négociabilité des titres représentant les marchandises dont l'usage n'était pas limité aux seuls commerçants. Ils acceptèrent seulement la négociabilité du connaissement qui est un titre essentiellement commercial.

« Les lettres de change ne présentaient de l'intérêt que pour les classes commerçantes, les marchandises pour tout le monde; aussi lorsque les marchands commencèrent à inventer des méthodes pour transférer la propriété des marchandises par la délivrance de titres les représentant, les juristes ne furent pas disposés à les aider...

« Dans un cas évidemment, les commerçants obtinrent qu'un titre de propriété fut reconnu comme quasi négociable. Le connaissement est un document si exclusivement commercial qu'on pouvait supposer que personne en dehors des commerçants ne l'utiliserait » (30).

II. — Le cas du « bankers' commercial credit ».

Le cas des crédits commerciaux bancaires nous offre un autre exemple frappant de l'admission par les Cours de Common Law de coutumes commerciales contraires aux règles de la Common Law.

Le développement du commerce international depuis le début du siècle a donné naissance à la pratique du crédit commercial bancaire, du « bankers' commercial credit ». Son but est de financer les contrats de vente des marchandises lorsque le délai entre la livraison de la marchandise à bord du bateau et son arrivée à destination est important. L'importateur aussi bien que l'exportateur désirent éviter l'immobilisation d'un important capital pendant le temps du transport. Aussi les commerçants ont-ils pris l'habitude de se faire ouvrir par une banque un crédit se montant à la valeur commerciale de la marchandise. La banque s'engage envers l'importateur à accepter les lettres de change tirées par

(30) Cf. CHORLEY (R. S. T.) : « The conflict of law and commerce », 48 L.Q.R., 1932, p. 57 : « " Bills of exchange " were the concern of the trading classes only, goods of the whole community; so that when the merchants began to invent methods of transferring the property in goods by the delivery of documents representing them the lawyers were not prepared to be helpful...

« In one case the merchants, of course, did get a document of title on to a footing of quasi-negotiability. The bill of lading is so essentially a mercantile document that nobody outside the world of the merchants was likely to be handling one. »

l'exportateur, jusqu'à concurrence d'une certaine somme. L'importateur s'engage à rembourser la banque lorsqu'il aura reçu et vendu la marchandise.

D'après la théorie classique du contrat en droit anglais, il n'existe pas de rapports juridiques entre le banquier et l'exportateur qui n'est pas partie au contrat, mais qui est un simple tiers. Seul l'importateur a donc une action contre le banquier, l'exportateur, lui, n'en a pas. Mais un tel résultat est absolument contraire à l'intention des commerçants qui, en utilisant la pratique du crédit commercial bancaire, prétendent bien créer une obligation réelle à la charge de la banque envers l'exportateur et un droit direct à celui-ci de tirer des lettres de change sur la banque. La coutume commerciale est donc en désaccord avec le droit.

Les Cours de Common Law ont senti la nécessité d'admettre cette coutume conforme aux exigences du commerce, bien qu'elle soit contraire aux règles de la Common Law. Mais, pendant longtemps, elles ont semblé réticentes à l'admettre pour la seule raison qu'elle était une coutume commerciale et elles ont dissimulé sa reconnaissance légale en justifiant juridiquement l'application de sa règle par le biais de théories du droit classique.

Ainsi en 1867 dans l'espèce *Re agra and Masterman's Bank Ex Parte Asiatic Banking Corporation*, Cairns L. J. explique l'existence d'un lien contractuel entre le vendeur et le banquier en ayant recours à la théorie de l'Assignment (31). Aussitôt que le contrat est formé entre l'acheteur et la banque, le contrat est assigné par l'acheteur au vendeur, c'est-à-dire que le vendeur devient partie contractante à la place de l'acheteur.

En 1922, dans l'espèce *Urquhart Lindsay and Co. Ltd v. Eastern Bank Ltd*, Rowlatt J. (32) fait appel à la théorie de l'offre et de l'acceptation, le commencement de l'exécution de l'obligation du vendeur envers l'acheteur signifiant acceptation de l'offre de crédit que lui aurait faite la banque.

Et ce n'est que tout récemment que les Cours de Common Law semblent avoir renoncé aux justifications juridiques subtiles mais factices et semblent reconnaître ouvertement que la pratique du « Bankers' commercial Credit » doit être admise légalement, simplement parce que c'est une coutume commerciale.

« Une lettre de crédit irrévocable et confirmée crée un lien direct entre la banque et le vendeur; la banque devient directe-

(31) [1867] L.R. 2 Ch. App. 391.

(32) [1922] K.B. 321. Cf. aussi la même argumentation dans *Dexters Ltd v. Schenker and Co.* (1923) 14 Ll. L. Rep. 586.

ment responsable à l'égard du vendeur, de l'exécution des obligations auxquelles elle s'est engagée dans la lettre de crédit » (33).

D'une façon plus générale, la validité légale de la pratique commerciale d'un contrat pouvant être invoqué par un tiers a été reconnue catégoriquement dans l'espèce *Pyrene Co. Ltd v. Scindia Navigation Co. Ltd* (34). Un vendeur avait conclu un contrat F.O.B. avec un acheteur. Pour assurer le transport de la marchandise aux Indes, l'acheteur conclut un second contrat avec un transporteur. Au cours du chargement, la marchandise fut abîmée et le vendeur, aux risques duquelle elle était encore, la répara au prix de 966 livres. Il réclama cette somme au transporteur qui refusa de la payer en entier prétendant que sa responsabilité était limitée à 200 livres puisque le contrat qui le liait à l'acheteur était soumis à la réglementation du *Carriage of Goods by Sea Act* de 1924. Il n'y avait pas de doute que l'Acte de 1924 s'appliquait au contrat entre l'acheteur et le transporteur. Mais le vendeur n'était pas partie à ce contrat; le transporteur ne pouvait donc théoriquement le lui opposer. La Cour, cependant, constatant qu'il s'agissait d'une pratique commerciale courante a respecté cette coutume et a reconnu le droit au transporteur de se prévaloir d'un contrat contre un tiers :

« Le fait qu'un tiers vienne se prévaloir d'un contrat soit à titre de commettant inconnu, soit comme bénéficiaire n'est pas nouveau... Le principe est courant dans les contrats commerciaux » (35).

L'exemple des « negotiable instruments », du « bankers' commercial credit », et du contrat commercial nous montre que les coutumes commerciales sont admises par les Cours de Common Law dans les cas au moins où aucun précédent judiciaire direct n'existait, même si les principes généraux de la Common Law, dégagés des décisions judiciaires en général, sont en contradiction avec la règle suivie par cette coutume.

(33) DEVLIN J. dans *Sinason-Teicher Interamerican Grain Corporation v. Oilcakes and Oilseeds Trading Co. Ltd* [1954] 2 All. E.R. 497, pp. 501-502 : « A confirmed irrevocable letter of credit creates a direct relationship between the bank and the seller and the bank becomes directly liable to the seller for the fulfilment of the obligations which it has undertaken in the letter of credit. » Cf. aussi Denning L.J. dans *Smith and Snipes Hall Farm Ltd v. River Douglas Catchment Board* [1949] 2 K.B. 500, p. 515; DAVIS (A.G.) : *The law relating to commercial letters of credit*, London, 1954, p. 57.

(34) [1954] 2 Q.B. 402. Cf. aussi CHESHIRE and FIFOOT : *The law of contract*, 4^e éd., 1956, pp. 367 et suiv.

(35) Devlin J., p. 426 : « There is nothing novel about the idea of a third party coming in to enforce a contract either as an undisclosed principal or as a beneficiary... The principle is very familiar in mercantile contract. »

SECTION II

**MODIFICATION DES COUTUMES ANCIENNES
AYANT FAIT L'OBJET D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE,
PAR DE NOUVELLES COUTUMES**

Il nous faut envisager maintenant le cas où une coutume commerciale a été reconnue et validée par une Cour de Common Law. Il existe alors un précédent judiciaire; la coutume a acquis force juridique, elle est devenue règle de la Common Law. La règle du précédent oblige les autres juridictions à respecter cette coutume dans tous les futurs procès; celle-ci est donc fixée, elle n'est pas susceptible d'être modifiée. Mais le commerce matière essentiellement changeante, va modifier ses usages; bientôt la coutume validée par une décision judiciaire antérieure n'est plus en accord avec la pratique. Les juges vont-ils alors changer la règle qu'ils ont établie quelque temps auparavant, en substituant la nouvelle coutume à l'ancienne? Vont-ils dans les matières commerciales renoncer à la règle du précédent judiciaire au sens le plus strict du terme?

Le cas des ventes C.I.F., prix, assurance, fret (cost, insurance, freight terms) nous fournit un exemple très clair de la position des Cours de Common Law à l'égard de cette question.

L'usage commercial exigeait à l'origine comme condition de validité de cette vente que le vendeur délivrât à l'acheteur un « connaissance maritime » (bill of lading) et une police d'assurance. Les Cours de Common Law avaient donné valeur légale à cet usage (36). Mais, bientôt, un nouvel usage s'était développé remplaçant la délivrance de la police d'assurance à l'acheteur par la délivrance d'un simple certificat d'assurance, les grandes compagnies d'exportation préférant le système d'une police d'assurance générale (floating policy) couvrant toutes leurs ventes, à une police particulière à chaque vente.

Les Cours de Common Law, cependant, refusèrent de reconnaître la validité de cette nouvelle coutume et continuèrent à exiger la police d'assurance (37). Elles déclarèrent que la solution de la question ne devait pas être cherchée d'après les intérêts pratiques du commerce, mais en fonction du droit existant (38).

(36) Cf. *Ireland v. Livingstone* (1872) L.R. 5 H.L. 395, et le jugement de BLACKBURN J., p. 406; *Biddel v. Clemens Horst* [1911] 1 K.B. 214.

(37) *Wilson Holgate v. Belgian Grain Co.* [1920] 2 K.B. 1.

(38) McCARDIE J. dans *Diamond Alkali Export Corporation v. Fl. Bourgeois* [1921] 3 K.B. 443 : « not upon a question of business convenience, but upon the strict law of the matter ».

Or, la Common Law ne reconnaît pas de valeur légale à un simple « certificate of insurance ».

« Je suis enclin à penser que... dans les ventes C.A.F., paiement à la présentation des documents, les conditions sont aujourd'hui fixées par des décisions faisant autorité qui précisent les termes du contrat et les documents qui doivent être remis d'après le contrat » (39).

Aujourd'hui encore, seule la police d'assurance est légalement valable et tous les juristes anglais déplorent que le droit anglais s'écarte ainsi de la pratique commerciale en refusant d'admettre cette coutume commerciale. Un éminent juge anglais, Devlin J. déclarait, en 1951 (40) : « Maintenant que cet usage est en fait universel, il me semble regrettable que le droit exige l'insertion de la clause particulière » (déclarant le certificat d'assurance valable). « C'est dans ce genre de question que le droit devrait, à mon avis, être en éveil pour ne pas perdre contact avec l'évolution de la pratique moderne ».

De même aujourd'hui, dans les contrats C.A.F., l'usage s'est établi de remplacer le « bill of lading » par le « delivery order » et les commerçants le considèrent comme un titre de transfert valable. Cette pratique est utilisée couramment quand il y a plusieurs acheteurs d'une même cargaison de céréales par exemple : il est, en effet, difficile et peu pratique d'obtenir un « bill of lading » pour chaque acheteur. Néanmoins, encore récemment, dans l'espèce *Comptoir d'Achat et de Vente du Boerenbond Belge S.A. v. Luis de Ridder Limitada*, la Chambre des Lords a cassé un arrêt de la Cour d'Appel et refusé de reconnaître valable un transfert de propriété effectué par un « delivery order » dans un contrat C.A.F. (41).

La question du transfert du droit de propriété apporte une autre preuve à ce refus par les Cours de Common Law de rompre avec la règle du précédent en modifiant une coutume commerciale

(39) ATKIN L.J. dans *Malinberg v. Evans* (1924) 30 Com. Cas., p. 116 : « I am inclined to think that... in C.I.F. contracts, cash against documents, the conditions have now been settled by authoritative decision defining the terms of the contract and defining the documents which have to be delivered under the contract. » Cf. aussi SCRUTTON L.J., p. 112, et *May and Hassel Ltd v. Exportler of Moscow* (1940) 45 Com. Cas. 128.

(40) « *Commercial Law and Practice* », 14 M.L.R., 1951, p. 263 : « Since the practice is now virtually universal, it seems to me a pity that the law should insist upon the inclusion of the specific provision and penalise the accidental omission of it. This is the sort of point upon which the law should, so it seems to me, be alert to keep in touch with the changing developments of modern practice. »

(41) [1949] A.C. 293. Cf. aussi DEVLIN (P.) : « *Commercial Law and Practice* », 14 M.L.R., 1951, p. 363.

périmée reconnue valable dans un jugement antérieur. Il a fallu l'intervention du législateur, avec le Factors Act de 1889, pour que la coutume commerciale « possession vaut titre » reçoive une certaine consécration légale (42).

Il convient de remarquer cependant que certains jugements ne sont pas aussi définitifs en refusant d'admettre une coutume nouvelle modifiant un ancien usage validé par des décisions de justice. Ainsi certains arrêts refusent d'admettre, par exemple, la coutume du « certificat of insurance » sous prétexte qu'elle n'est pas suffisamment établie. Ces jugements laissent ainsi théoriquement une porte ouverte aux nouvelles coutumes commerciales, mais ils se montrent si exigeants pour la preuve de leur existence, qu'en pratique, la porte est fermée.

« Il se peut que les conditions requises pour un contrat C.A.F. viennent à être modifiées par une coutume générale et bien établie. Dans la mesure en effet où le sens de ce contrat a été donné par la coutume, il peut aussi bien, je suppose, être modifié par elle. Mais la preuve que la coutume a changé doit être tout à fait certaine » (43).

Le conflit entre les commerçants et la Common Law, à propos de la valeur légale des coutumes commerciales a donc été résolu par un compromis. Les coutumes commerciales bien établies, même si elles sont d'origine récente, sont admises par les Cours de Common Law lorsqu'elles n'ont pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire particulière. Mais une coutume nouvelle ne peut être admise en remplacement d'une coutume ancienne ayant déjà été validée par une décision judiciaire.

La règle du précédent est donc en partie violée, en partie respectée. Les coutumes commerciales n'ayant pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire particulière font le droit commercial même si elles sont en contradiction avec les principes juridiques qui se dégagent des décisions judiciaires en général; la règle du précédent, entendue dans son sens large, n'est donc pas respectée. Mais une fois qu'elle a été consacrée par une décision judiciaire, la coutume

(42) Cf. CHORLEY (R.S.T.): « The conflict of Law and Commerce », 48 L.Q.R., 1932, p. 64.

(43) Cf. McCARDIE J. dans *Mambre Saccharine v. Corn Products* [1919] 1 K.B. 193: « It may be that the requirements of a C.I.F. contract can be altered by general and established custom. For as much as the meaning of such a contract was created by custom, it may likewise, I presume, be altered by custom. But the evidence of a modifying custom must be clear indeed. » Cf. aussi *Wilson Holgate v. Belgian Grain and Produce Co.* [1920] 2 K.B. 1.

commerciale est fixée, elle devient immuable; la règle du précédent, entendue dans son sens strict, est donc respectée (44).

Le jugement de *Goodwin v. Robarts* décrit fort bien cette « cote mal taillée » de la coutume commerciale quand il dit :

« Il ne faut surtout pas interpréter nos paroles comme voulant dire qu'un usage commercial, si important soit-il, doive prévaloir sur le droit positif s'il lui est contraire; le droit positif comprend les usages, qui, ayant fait l'objet d'une décision judiciaire et ayant été sanctionnés et adoptés par les Cours, sont devenus ainsi partie de la *Common Law* » (45).

SECTION III

LE ROLE DES COUTUMES DANS L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS COMMERCIAUX

Nous venons de voir que, d'une façon générale, le juge anglais se montre particulièrement large dans la réception des coutumes commerciales. Cette admission plus libre des coutumes commerciales est clairement mise en valeur dans l'interprétation des contrats commerciaux qui apparaît ainsi soumise à une réglementation fort différente de celle des contrats ordinaires.

I. — Dans l'interprétation des contrats commerciaux, les usages viennent couramment compléter les règles de la *Common Law*.

Dans certains cas, d'abord, les règles de la *Common Law* ne sont pas modifiées, mais les coutumes commerciales viennent les compléter et ainsi elles adaptent les règles légales aux besoins du commerce.

Les Cours de *Common Law* admettent que les termes d'un contrat commercial peuvent être interprétés à l'aide des coutumes commerciales. Le *Queen's Bench Division* a admis récemment par exemple que l'expression « *working day* » employée dans un contrat

(44) Tout se passe comme s'il y avait novation de la coutume lorsqu'un jugement intervient. Ceci nous montre que le droit anglais a bien une nature jurisprudentielle et non coutumière.

(45) (1875) L.R. 10 Ex. 337, p. 357 : « We must by no means be understood as saying that mercantile usage, however extensive, should be allowed to prevail if contrary to positive law, including in the latter such usages as, having been made the subject of legal decision, and having been sanctioned and adopted by the Courts, have become by such adoption part of the *Common Law*. »

devait être interprétée en se référant à l'usage commercial du lieu (46).

Elles admettent aussi que les usages commerciaux peuvent être considérés comme les clauses implicites d'un contrat et le compléter ainsi, lorsque les termes mêmes du contrat n'excluent pas formellement ces coutumes (47).

De même les Common Law Courts reconnaissent une valeur légale à la coutume commerciale qui regarde un délai imprévu dans l'exécution d'un contrat comme une cause de dissolution de ce contrat. « Dans les affaires commerciales à caractère aléatoire on admettra volontiers qu'une clause est sous-entendue d'après laquelle, si l'objet commercial de l'entreprise est rendu impossible en raison d'un retard imprévu non imputable aux parties, le contrat est annulé » (48).

L'espèce *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (49) montre fort bien la différence de méthode employée par le juge pour interpréter un contrat commercial et un contrat ordinaire. Le jugement de Devlin J. montre clairement que la question de savoir si un délai imprévu dans l'exécution d'un contrat est une cause de dissolution est, lorsqu'il s'agit d'un contrat commercial, comme dans l'espèce où il s'agit d'un contrat d'affrètement, essentiellement une question de fait et non de droit qui doit être appréciée *in concreto* suivant les coutumes commerciales alors que dans un contrat ordinaire elle serait appréciée *in abstracto* (suivant le critère de la « reasonableness »).

Le contrat commercial sera ainsi beaucoup plus souple que le contrat ordinaire.

II. — Les règles de la Common Law s'assouplissent au contact des usages du commerce.

Les règles de la Common Law d'interprétation des contrats ne sont pas seulement complétées par les usages du commerce mais elles s'assouplissent à leur contact.

(46) Cf. *Alvion Steamship Corporation Panama v. Galban Lobo Trading Co. S.A. of Havana* [1955] 1 Q.B. 430 et jugement de McNair J. Cf. aussi Pollock (F.) : *On contract*, 13^e éd., p. 202.

(47) Cf. Chitty, *On contract*, 21^e éd., I, p. 72.

(48) Sutton and Shannon : *On Contracts*, 5^e éd., 1956, p. 322 : « In commercial adventures a term will readily be implied that if the commercial object of the adventure is frustrated by the happening of some unforeseen delay without the fault of either party, the contract is discharged. » Cf. aussi : *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd* [1942] A.C. 154, spécialement le jugement de Wright L.J., pp. 182-183.

(49) [1957] 2 W.R.L. 713.

Une règle fondamentale du droit des contrats anglais est que les clauses du contrat doivent être complètes et précises, que l'intention des parties doit être clairement exprimée. Si ses conditions d'exécution ne sont pas suffisamment précises, le contrat n'a pas de valeur juridique, il n'est par « enforceable », ce n'est pas juridiquement un contrat, mais un simple engagement de contracter.

Pourtant, il semble bien établi maintenant que dans les contrats commerciaux, la règle de la précision des clauses est appliquée d'une façon beaucoup moins stricte. Les Cours de Common Law admettent qu'en matière commerciale le contrat pourra être tout à fait imprécis parce que les coutumes commerciales permettent de suppléer à son imprécision. Cet assouplissement de la règle en matière commerciale a été établi par la House of Lords en 1932 dans l'affaire *Hillas v. Arcos* (50).

Un contrat de vente avait été conclu dont la validité était contestée à cause de son imprécision; il ne précisait ni la qualité ni la quantité de la marchandise, ni la date du lieu de sa livraison pas plus que le moyen de transport. Ce contrat était si imprécis que *Scrutton L. J.*, jugeant l'affaire en appel, l'avait qualifié d'un simple engagement de contracter et avait refusé de lui faire produire les effets juridiques d'un contrat. Le contrat en question, d'après lui, ne respectait certainement pas la condition du minimum de précision exigée par le droit anglais; d'autre part, il invoquait un précédent catégorique de la House of Lords, en 1929, le case *May and Butcher v. R.* (51).

« A mon avis, sans tenir compte des précédents judiciaires, étant donné le nombre d'éléments laissés indéterminés, catégories, dimensions, quantités des marchandises, dates, ports et manière d'embarquement, comme on le verra en se reportant aux termes détaillés des contrats conclus, étant donné que lesdits éléments devaient être précisés ultérieurement par une convention, la clause en question ne constituait pas un contrat mais ce que Lord Parker appelait dans l'affaire *Van Hatzfeldt* (1912) 1 Ch. 284, " un engagement de contracter " ce qui n'est pas un contrat exécutoire. Cette seule raison aurait suffi à me faire adopter ce point de vue; mais à mon avis la décision de la Chambre des Lords, *May and Butcher v. the King*, du 22 février 1929, sur laquelle l'attention des Cours

(50) 1933, Com. Cas., vol. 38, p. 23.

(51) [1934] 2 K.B. 17 n.

inférieures ne fut malheureusement pas attirée, m'oblige à l'adopter » (52).

Scrutton L. J. prenait soin de préciser cependant que si cette solution était la solution légale, il la déplorait du point de vue pratique, car elle était en désaccord complet avec la pratique commerciale. « Mais je regrette que dans nombre d'affaires commerciales le droit anglais et la pratique commerciale se séparent de plus en plus » (53).

Or, la Chambre des Lords, dans un jugement du 5 juillet 1932 (54), a renversé le jugement de Scrutton L. J. et adopté la solution qu'il préconisait en fait; elle a admis la validité du contrat passé entre Hillas et Arcos malgré son extrême imprécision. A première vue, il semble qu'il s'agisse d'un véritable retournement de jurisprudence. Mais la House of Lords prend soin de préciser qu'il n'en est rien, que les principes restent inchangés, qu'il s'agit simplement d'un cas d'espèce, particulier (55).

En réalité, l'impression qui ressort de l'examen de l'espèce *Hillas v. Arcos* et de la comparaison des différents jugements est qu'il s'agit plus que d'un simple cas d'espèce. Il semble vraiment que la House of Lords ait établi sinon une règle nouvelle, du moins une application spéciale de la règle de précision des contrats pour tous les cas d'espèce commerciale, ainsi que le laisse supposer Lord Thankerton quand il déclare (56) :

(52) Per SCRUTTON L. J. in *Hillas v. Arcos*, 1932, Com. Cas., vol. 36, at p. 366 : « In my view, apart from authority, considering the number of things left undetermined, kinds, sizes and quantities of goods, times and ports and manner of shipment, as will be seen from the detailed terms in contracts which were agreed, but which had in this case to be determined by agreement after negotiation, the option clause was not an agreement but what Lord Parker called in *Van Hatzfeldt's case* [1912] 1 Ch. 284, "an agreement to make an agreement" which is not an enforceable agreement. I should have arrived at this view in the present case without further authority but in my opinion the decision of the House of Lords in *May and Butcher v. the King* in February 22, 1929, to which the attention of the Courts below was unfortunately not drawn binds me to take this view. »

(53) *Ibid.* at p. 368 : « But I regret that in many commercial matters the English Law und the practice of commercial men are getting wider apart. »

(54) 1933, Com. Cas., vol. 38, p. 23.

(55) Cf. le jugement de Lord TOMLIN, p. 29.

(56) *Ibid.*, p. 34 : « The question on which I have had doubt is whether the words "of fair specification" on their proper construction, will enable the subject to be identified by the Court. In other words do they provide a standard by which the Court is enabled to ascertain the subject matter of the contract or do they involve an adjustment between the conflicting interests of the parties, which the parties have left unsettled and on which the Court is not entitled to adjudicate... While I have considerable doubt on the question of construction, I am affected by the consideration that the contract is a commercial one and that the parties undoubtedly thought that they had concluded a contract. »

« La question sur laquelle j'ai eu des doutes est de savoir si les mots "de caractéristiques normales" tels qu'ils sont écrits seront suffisants pour que le tribunal puisse identifier la marchandise. En d'autres termes ces mots définissent-ils un échantillon qui permette au tribunal de connaître l'objet du contrat ou impliquent-ils qu'un arrangement ultérieur règlera le conflit d'intérêt des parties que celles-ci ont laissé en suspens et que le tribunal n'est pas qualifié pour régler... Mais si je suis très sceptique sur la question de l'interprétation de ces mots, je suis influencé par le fait qu'il s'agit d'un *contrat commercial* (57) et que les parties sans aucun doute croyaient qu'elles avaient conclu un contrat. »

De même Lord Wright déclare (58) :

« On est obligé de reconnaître que le document du 21 mai 1950 est bien peu conforme aux règles de l'art, et qu'il peut paraître horrible au jugement exercé d'un rédacteur professionnel. Mais il est clair que les parties l'une et l'autre voulaient faire un contrat et qu'elles croyaient en avoir fait un. Les hommes d'affaires consignent souvent par écrit leurs arrangements d'une manière grossière et sommaire : leur façon de s'exprimer, suffisante et claire dans leur profession, peut paraître à ceux qui y sont étrangers tout à fait incomplète et imprécise. Aussi est-ce le devoir du tribunal d'interpréter de tels documents d'une façon juste et large sans se montrer trop fin ni rusé pour découvrir les fautes. »

Ainsi il semble bien que la House of Lords ait jugé déterminante la qualité commerciale du contrat. Un contrat commercial dont les clauses seraient très imprécises restera quand même valable dans la mesure où les *coutumes du commerce* pourront y remédier (59). Ainsi ce qui dans le droit ordinaire serait simplement un engagement de contracter (a contract to make a contract) sans valeur juridique, pourra être en matière commerciale un contrat valable.

(57) Souligné par nous.

(58) *Ibid.*, p. 36 : « The document of May 21, 1930, cannot be regarded as other than inartistic, and may appear repellent to the trained sense of an equity draftsman. But it is clear that the parties both intended to make a contract and thought they had done so. Business men often record the most important agreements in crude and summary fashion : modes of expression sufficient and clear to them in the course of their business may appear to those unfamiliar with the business far from complete or precise. It is accordingly the duty of the Court to construe such documents fairly and broadly, without being too astute or subtle in finding defects. » Cf. aussi la note de Lord CHORLEY dans « The law quarterly Review », 49 L.Q.R., 1933, p. 318.

(59) Cf. *Scammell v. Ouston* [1941] A.C. 251 ; *Bishop and Baxter Ltd v. Anglo Eastern Trading and Industrial Co. Ltd* [1944] 1 K.B. 12.

Il y a bien dans ce sens assouplissement dans les questions commerciales d'une règle de droit. La règle existe toujours mais elle est appliquée d'une façon beaucoup moins stricte.

III. — Les usages commerciaux écartent parfois l'application des règles légales.

Enfin, il est des cas où les Cours de Common Law reconnaissent valables des contrats commerciaux faits suivant les formes de la pratique commerciale bien que les règles légales ordinaires réclament l'annulation de tels contrats.

Ainsi en matière commerciale, les Cours reconnaissent valables des contrats dont les termes et les clauses sont contradictoires alors que, d'après les règles classiques du contrat anglais, de tels contrats seraient nuls.

« Les Cours ont construit un certain nombre de règles plus ou moins spécialement destinées aux documents commerciaux, qui bénéficient d'une liberté d'interprétation qui ne serait jamais accordée aux ouvrages d'un juriste professionnel. Elles sont tout à fait habituées à rencontrer des contradictions absolues; il n'est pas rare de trouver une partie du document disant une chose et l'autre une autre. Aussi emploient-elles des règles appropriées, non pas des règles de juriste, mais des règles qui, à mon avis, reflètent une connaissance précise de la manière dont ces documents sont faits » (60).

La règle est par exemple maintenant bien établie, fait remarquer le juge Devlin (61), qu'en matière commerciale un contrat dont les clauses manuscrites et celles imprimées sont contradictoires sera cependant valable et devra être interprété conformément aux clauses manuscrites (62).

Les Cours de Common Law reconnaissent aussi la validité d'un contrat commercial dont une clause est en contradiction avec l'objet principal du contrat (63), ou est incomplète. La police

(60) DEVLIN (P.): « The relation between commercial law and commercial practice », 14 M.L.R., 1951, p. 254 : « The Courts have evolved a number of rules which are more or less specially designed to deal with commercial documents, to which they would grant a latitude which would never be extended to the efforts of the professional lawyer. They are quite used to deal with flat contradictions; it is not uncommon to find some part of the document saying one thing and another another. So they have rules to deal with this, not lawyer's rules but rules which do, I think, reflect an accurate knowledge of the way in which these documents are built up. »

(61) *Id.*

(62) Cf. *Hollis v. White Sea Timber Trust* (1936) 56 L.P.L.R. 78, le jugement de PORTER J., p. 81.

(63) Cf. *Glynn v. Morgetson* [1893] A.C. 357; *Temple SS Co. Ltd v. Sovfracht of Moscow* (1945) 79 L.P.L.R. et le jugement de SIMON L.C., p. 7.

d'assurance de la fameuse compagnie Lloyd's nous en fournit un exemple, dont une clause stipule catégoriquement que le nom du capitaine doit être précisé (64).

On pourrait donc croire que si le nom du capitaine n'est pas précisé la police est nulle. Pourtant Devlin J. remarque qu'il n'a jamais dans toute sa carrière vu l'emplacement réservé au nom du capitaine rempli; mais cela n'empêche pas les juristes, constate-t-il, ironiquement, d'admettre la validité de cette police d'assurance sans la moindre hésitation, bien que dès leur plus tendre enfance on leur ait enseigné qu'un contrat devait être complet (65).

Mais sans doute l'exemple le plus remarquable de l'interprétation particulière des contrats commerciaux est donné par le cas tout récent *Anglo Saxon Petroleum Co. Ltd v. Adamastos Shipping Co. Ltd* (66).

Un pétrolier avait été affrété par une compagnie pétrolière pour dix-huit mois. Une « clause paramount » fut insérée au contrat d'affrètement. La « clause paramount » est une clause qui soumet un « bill of lading » (connaissance maritime) aux règles du *Carriage of Goods By Sea Act* des Etats-Unis. Or, ici, dans le contrat de l'espèce, il ne s'agissait pas d'un « bill of lading », mais d'une « charterparty ». La question était donc de savoir si la « clause paramount » était valable, si elle pouvait s'appliquer au contrat d'affrètement.

Le juge de la Queen's Bench Division, Devlin J., constatant que le fait de vouloir soumettre une « charterparty » aux « Hague Rules », c'est-à-dire aux règles du « *Carriage of Goods by Sea Act* », était une *pratique commerciale* courante, déclara la « clause paramount » valable malgré les contradictions terminologiques et légales.

« Bien que la réglementation de La Haye ne s'applique pas aux charterparties, les parties à une charterparty désirent souvent l'incorporer au contrat. C'est une pratique générale bien connue de ceux qui siègent et pratiquent dans cette Cour;... il ne semble pas qu'il y ait une forme spéciale de clause prévue à cet effet...

(64) « Whereof Blank is master, under God, for the present voyage, who-soever else shall go for master in the said ship' or by whatsoever other name or names the said ship or the master thereof is or shall be named and called. »

(65) DEVLIN (P.): *op. cit.*, p. 255.

(66) [1957] 2 W.L.R. 509.

Cette façon d'incorporer ou d'essayer d'incorporer la réglementation de La Haye paraît être tout à fait courante... » (67).

Le juge de première instance n'hésita pas en l'espèce à écarter la règle légale classique de la précision et de l'unité du contrat pour appliquer la coutume commerciale de la clause paramount en passant par-dessus les contradictions absolues que soulevait l'application de cette clause à un contrat pour lequel elle n'avait jamais été prévue. Il n'hésita pas à appliquer pour partie cette clause et pour partie à l'écarter suivant ce qu'elle avait de conciliable ou d'inconciliable avec la charterparty.

Mais la Cour d'Appel jugea à l'unanimité qu'une telle liberté d'interprétation d'un contrat, même d'un contrat commercial, était impossible. Elle déclara qu'il y avait une contradiction absolue entre les termes de la clause paramount et ceux du contrat d'affrètement et qu'interpréter les règles du Carriage of Goods by Sea Act, de façon à pouvoir les appliquer au contrat de l'espèce était les déformer, les dénaturer complètement et construire en réalité un contrat à la place des parties. Aussi rejeta-t-elle l'application de la « paramount clause » à la charterparty (68).

« Si nous essayons d'incorporer l'Acte, ou, comme je préfère m'exprimer, la réglementation de La Haye, et si nous lisons les mots textuellement, nous constatons que les parties disent à la fois que les règles de La Haye s'appliquent et ne s'appliquent pas. Si nous écartons les contradictions évidentes et les cas particuliers, et cherchons à appliquer le reste de la réglementation de La Haye dans son sens ordinaire, nous arrivons à des résultats si absurdes que personne ne peut supposer que les parties aient voulu dire de telles choses. Si nous écartons les contradictions, et si nous les corrigeons, nous ferons un contrat pour les parties, que nous estimerons peut-être raisonnable mais auquel elles n'ont jamais souscrit car il n'a aucun rapport avec les termes écrits. De plus, j'ai

(67) *Id.*, DEVLIN J., *op. cit.*, p. 514 : « Although the Hague Rules do not apply to charterparties, the parties to a voyage charterparty often wish to incorporate them. That is a general practice, well known to those setting and practising in this Court;... there appears to be no set form of clause for this purpose... This method of incorporation or attempted incorporation, of the Hague Rules seems also to be very common... »

(68) *Anglo Saxon Petroleum Company Ltd v. Adamastos Shipping Co. Ltd* [1957] 2 W.L.R. 968.

de bonnes raisons de croire que nous risquerions d'être en désaccord avec le juge et entre nous sur ce qui serait raisonnable... » (69).

Cette espèce est particulièrement intéressante parce qu'elle nous montre la tendance de certains juges de la Queen's Bench Division, et des plus éminents, à interpréter d'une façon extraordinairement libre les contrats commerciaux, si libre que le juge arrive même parfois à reconstruire en réalité le contrat. Le jugement de la Cour d'Appel, le fait qu'elle n'ait pas voulu suivre l'opinion du juge de première instance, s'il nous montre que cette tendance judiciaire est encore limitée, met du moins particulièrement en valeur son existence défendue par des personnalités éminentes. Il convient d'ailleurs de remarquer que le cas de liberté d'interprétation d'un contrat commercial que la Cour d'Appel a refusé de consacrer ici, est vraiment un cas extrême et que sa signification est donc limitée. Une phrase d'un juge d'appel semble même montrer que le principe de liberté d'interprétation des contrats commerciaux est reconnu par la Cour d'Appel : « Ce n'est qu'en toute dernière extrémité que le Tribunal refusera d'appliquer et rejettera, comme dépourvues de sens, les conventions qui ont fait l'objet d'un accord entre commerçants » (70).

L'interprétation des contrats paraît donc être faite d'une façon beaucoup plus souple en matière commerciale qu'en matière de droit commun; les coutumes commerciales y semblent être admises d'une façon beaucoup plus large, au point que parfois elle semble obéir plus aux usages de la pratique commerciale qu'aux règles du droit commun. Et l'on peut se demander si les différences qui apparaissent ainsi dans l'interprétation des contrats commerciaux et des contrats ordinaires sont simplement, comme certains le soutiennent (71), des différences apparentes dues à des cas d'espèce

(69) Per DENNING L.J., at p. 980 : « If we seek to incorporate the Act, or as I prefer to put it, the Hague Rules, and read the words literally, we find the parties say at one and the same time that the Hague Rules are to apply and yet are not to apply. If we reject the obvious contradictions and circumstances, and seek to apply the rest of the Hague Rules in their ordinary meaning, we are left with such incongruous results that no one can suppose that the parties ever intended to produce them. If we reject the contradictions, inconsistencies and incongruities, and put something in their stead, we shall be making for the parties a contract which we may think is reasonable but to which they have never subscribed, because it would bear no relation to the written words. And I have good reason for thinking that we might differ from the judge and between ourselves, as to what would be reasonable... »

(70) Per PARKER L.J., p. 981 : « Only in the last resort will the Court recognize defest and disregard as nonsense what commercial men have agreed upon. »

(71) Cf. *British Steamship Owner's Association v. Chapman and Co.* (1935) 41 Com. Cas. 15, Lord WRIGHT at p. 25.

ou si elles ne traduisent pas des différences de règles particulières à l'espèce commerciale. Non seulement le juge semble avoir plus de latitude dans l'interprétation des contrats commerciaux, mais son attitude même, l'esprit dans lequel il juge semblent différents.

Alors que dans les matières ordinaires le juge paraît surtout soucieux de respecter les règles légales et les applique d'une façon relativement « abstraite », dans les matières commerciales le juge semble avant tout soucieux de donner une interprétation conforme aux vues des commerçants, conforme aux réalités pratiques, aux besoins et à l'intérêt du commerce (72).

« Il est exact que les juges commerciaux peuvent aujourd'hui fonder leurs décisions sur des précédents judiciaires, mais si de nouveaux problèmes se posent, ils doivent toujours les résoudre en prenant soin de tenir compte des réalités commerciales et, en interprétant les contrats, ils doivent se souvenir des habitudes de pensée et d'expression des hommes d'affaires, aussi bien que des besoins et de la situation de chaque profession. Aussi est-ce à juste titre que l'ont dit (73) que le droit commercial n'est pas une porte fermée » (74).

Dans l'interprétation des contrats commerciaux, le juge anglais cherche donc à faire concilier les règles légales avec les désirs des commerçants, il cherche à adapter les règles légales aux coutumes commerciales, il applique un droit sans cesse nouveau.

SECTION IV

L'INDÉPENDANCE DES QUESTIONS COMMERCIALES A L'ÉGARD DES PRINCIPES JURIDIQUES SE DÉGAGEANT DES DÉCISIONS JUDICIAIRES NON COMMERCIALES

Nous venons de constater que les coutumes commerciales constituaient dans une certaine mesure une source propre du droit commercial anglais. Nous allons voir maintenant que l'originalité des

(72) Cf. SCHMITTHOFF (Clive M.): « Commercial law in action », *Solicitors Journal*, 1957, vol. 101, p. 11.

(73) *Goodwin v. Robarts* (1875) L.R. 10 Ex. 337, per COCKBURN C.J., p. 352; *Edelstein v. Schuler and Co.* [1902] 2 K.B. 144.

(74) Lord WRIGHT: « Some developments of commercial law in the present century », *Holdsworth Club*, 1935, p. 14: « It is true that they can now proceed on the basis of decided cases, but if new problems arise they have still to decide them by a careful consideration of the business realities and in construing contracts they have to remember the habits and thought and expression of business men, as well as special exigencies and conditions of the particular business. And it is truly said that the Law Merchant is not a closed door. »

sources du droit commercial anglais n'est pas limitée aux coutumes, mais que, dans une certaine mesure aussi, les juges anglais semblent ne pas se sentir tenus par les principes juridiques dégagés par les décisions judiciaires des autres branches du droit.

L'exemple le plus frappant est sans doute fourni par l'interprétation de l'article 9 du Factors Act de 1889. D'après cet article, le mercantile agent qui a obtenu avec le consentement du propriétaire la possession des marchandises transfère au tiers acquéreur de ces marchandises un titre valable. Mais que faut-il entendre par « consentement du propriétaire » ? Si le mercantile agent obtient le consentement du propriétaire frauduleusement, par un « larceny by a trick », peut-on encore parler de consentement ?

En Common Law la fraude, le « larceny by a trick », vicie le consentement; un consentement obtenu par un « larceny by a trick » n'est pas un consentement valable. Telle est la règle de la Common Law appliquée aussi bien dans les matières civiles, par exemple le mariage, que dans les matières criminelles où celui qui aura obtenu un tel consentement sera traité comme un voleur. Il existe donc un précédent légal que les Cours de Common Law sembleraient obligées de respecter dans l'interprétation de l'article 9 du Factors Act. Telle était bien d'ailleurs l'opinion de la Cour d'Appel en 1907 quand elle déclarait (75) :

« Tout ce qui vicie le consentement au regard du droit me paraît vicier également le consentement nécessaire à l'application de la Section 2 du Factors Act de 1889. Je ne vois pas comment on peut refuser de conclure que le « consentement » visé dans cette section a le même sens que celui qui est défini comme tel par le droit. »

Pourtant, aujourd'hui, la Cour d'Appel a changé d'opinion et méconnaît ouvertement le précédent légal. Dans l'espèce *Pearson v. Rose and Young* (76) la Cour d'Appel déclare que le consentement obtenu par un « larceny by a trick » est un consentement valable au sens du Factors Act (77). Cet Act établit une règle

(75) FLETCHER MOULTON L.J. dans *Oppenheimer v. Frazer and Wyatt* [1907] 2 K.B. 50, at p. 70 : « Anything that negatives the existence of consent in the eye of the law appears to me to negative its existence for the purpose of s. 2 of the Factors Act, 1889. I do not see how it is possible to come to any other conclusion than that "consent" in the section means what the law recognizes as consent. »

(76) [1951] 1 K.B. 275.

(77) « In my opinion, therefore, the fact that the agent is guilty of larceny by a trick does not prevent the operation of the Factors Act, 1889 » (DENNING L.J., p. 285). Cf. aussi *Du Jardin v. Beadman Brothers* [1952] 2 Q.B. 712 et le raisonnement du juge SELLERS, pp. 714 et suiv.; *Webster v. General Accident Fire and Life Insurance Corp.* [1953] 1 K.B. 520.

dérogatoire à celles de la Common Law, mais qui remet le droit en harmonie avec la pratique commerciale. Les juges sentent le besoin d'étendre son domaine d'application et pour ce faire ils n'hésitent pas à rompre avec un précédent légal. Le jugement, sans le dire explicitement, nous fait clairement sentir que, parce qu'il s'agissait d'une question commerciale, du consentement d'un « *mercantile agent* » le juge anglais ne s'est pas cru tenu par la définition de la notion de consentement qu'avaient donnée les Cours de Common Law dans les autres branches du droit.

Ainsi l'unité de la Common Law n'est pas respectée; à côté de la notion de consentement du droit ordinaire, il y a une autre notion de consentement, propre au droit commercial.

Un autre exemple montrant l'indépendance des questions commerciales à l'égard des autres branches du droit nous est fourni par l'interprétation de la clause visant les risques de guerre, d'une charte partie. Le droit international public, reconnu et appliqué par la Grande-Bretagne, définit et soumet à des règles bien précises les cas qui concernent l'application de cette clause (par exemple le cas de guerre, celui d'intervention d'un gouvernement étranger, etc.). Mais les Cours de Common Law ont décidé à plusieurs reprises que la charte partie étant un contrat commercial, la clause des risques de guerre devait être interprétée sans tenir compte des définitions et des principes du droit international public, mais uniquement d'après le sens qu'avaient voulu lui donner les parties, c'est-à-dire conformément aux usages du commerce (78).

Ces deux exemples nous montrent clairement que le juge anglais ne s'estime pas tenu, dans les questions commerciales, par les principes et par les définitions juridiques des autres branches du droit. Le juge anglais reconnaît donc par là implicitement que le droit commercial se forme d'une façon autonome.

*
**

Le droit commercial anglais apparaît ainsi comme ayant ses sources propres, différentes des sources du droit commun. Il semble

(78) Cf. *Kawasaki Kisen Kabushiki of Kobe v. Bantham Steamship Co. Ltd* [1939] 2 K.B. 544; *Luigi Monta of Genoa v. Cechofracht Co. Ltd* [1956] 2 Q.B. 552, et en particulier la note de M. Maximilien PHILONENKO sur cet arrêt au S. 1956-I-116 : « ... La conclusion la plus importante qui se dégage de ce jugement et de cette analyse me paraît tendre vers l'autonomie du droit commercial, du droit maritime singulièrement; les termes et les notions qu'il utilise doivent être appréciés suivant la vraie intention des parties, conformément aux usages de leur milieu, indépendamment du sens rigide et conventionnel que leur donnerait le droit international et le droit public... »

dans une certaine mesure indépendant des principes juridiques établis par les décisions judiciaires non commerciales et semble être lié d'une façon moins stricte par la règle du précédent. Surtout il connaît une source tout à fait originale, les coutumes commerciales, qui, si elles ne sont reçues que d'une façon limitée (79), jouent cependant dans les matières commerciales un rôle inconnu dans les autres branches du droit anglais.

Ces sources particulières font que le droit commercial anglais garde ses caractéristiques propres et qu'il jouit d'une souplesse d'évolution inconnue des autres branches du droit, comme le reconnaît sans ambiguïté Holdsworth :

« Même alors — (lorsque Lord Mansfield eût réalisé l'absorption de la Law Merchant par la Common Law) — le caractère distinctif des règles du droit commercial et leur faculté d'adaptation aux besoins sans cesse changeants du commerce ont permis de conserver de nombreux traits caractéristiques inconnus des autres branches du droit » (80). Et Holdsworth ajoute : « Le plus caractéristique est, peut-être, cette faculté de la coutume commerciale de pouvoir modifier le droit; ce point est mis en évidence par les décisions rendues aux termes desquelles la coutume générale des commerçants de considérer certains instruments comme négociables les rend négligeables (vol. I, 573, n. 1) ; le fait que les Cours reconnaissent à la coutume commerciale le même pouvoir qu'autrefois est la meilleure garantie que le droit commercial continuera

(79) Certains auteurs prétendent même que les coutumes commerciales sont reçues d'une façon tellement limitée qu'elles ne peuvent plus être considérées en fait comme une source effective du droit commercial. Cf. par exemple DEVLIN (P.): « Commercial law and Practice » dans M.L.R. 1951, p. 251 : « Qu'est-ce qui maintient le droit commercial en harmonie avec les idées des commerçants ? Ce n'est plus la coutume. Il est peut-être exagéré de prétendre qu'il n'est guère possible qu'en théorie d'apporter la preuve d'une coutume nouvelle tant soit peu importante, mais sans aucun doute le cas est très rare... »

« Aujourd'hui, une coutume commerciale ne sera admise par un tribunal que si on peut prouver qu'elle est raisonnable, en accord avec les termes mêmes du contrat et que le monde, dans la profession, la reconnaît comme une coutume obligatoire... »

« Aussi, la coutume, alors qu'elle était le fondement même de la Law Merchant, ne peut plus aujourd'hui être considérée comme une source revivifiante du droit commercial. »

(80) HOLDSWORTH (W.S.): *A history of English Law*, V, 2^e éd., p. 147 : « Even then, the distinctive character of the rules of commercial law, and their adaptability to the ever changing needs of new commercial conditions, have caused them to preserve many characteristic features unknown in other departments of the common law. »

à être un droit vivant au contact avec les réalités du monde du commerce... » (81).

Nous voyons donc que l'originalité des sources et des caractères du droit commercial est nettement affirmée. Les auteurs anglais reconnaissent que l'autonomie fondamentale de la Law Merchant n'a pas complètement disparu, qu'il existe encore aujourd'hui une certaine distinction entre le droit commercial et les autres branches du droit anglais (82).

Certains juges voudraient même voir renforcer l'autonomie du droit commercial et préconisent que l'admission des coutumes commerciales se fasse d'une façon plus large.

« Je crois que le droit pourrait se rapprocher plus qu'il ne le fait du point de vue commercial. C'est ainsi qu'il serait tout à fait conforme aux principes du droit commercial et aux traditions qui sont au cœur de la Common Law, de faire une place plus large dans les contrats aux coutumes et pratiques du commerce » (83).

Les juristes anglais reconnaissent donc que les matières commerciales ne peuvent s'accommoder des règles rigides de la Common Law, qu'il leur faut un droit souple, susceptible d'évoluer, un droit spécial, ayant ses sources propres, basé sur la coutume. Ceci nous montre que les juristes anglais reconnaissent en fait que les matières commerciales ont leur nature propre et que le droit commercial doit être un droit particulier.

(81) *Id.*, p. 147, note 5 : « Perhaps the most marked is the efficacy of commercial custom to make new law, as illustrated by the cases which show that a general custom of the merchants to treat certain instruments as negotiable will make them negotiable, vol. I, 573, n. 1; this recognition by the courts of the power of commercial custom to do now what it did in the past, is the best security that commercial law will continue to be living law in touch with the real world of commerce... »

(82) Cf. aussi CUTTERIDGE (H. C.) : *Lord Mansfield, a comparative jurist of the 18th century*, op. cit., pp. 241 et suiv.

(83) DEVLIN (P.) : « Commercial law and Practice », 14 M.L.R., 1951, 266 : « I think that the law might go further than it does towards meeting the business attitude. In particular a more generous admission into the contract of custom and trade practice would be entirely in keeping with the basic principles of the law merchant and with the traditions which lie at the heart of the common law. »

CHAPITRE II

LES FONDEMENTS PROPRES DU DROIT COMMERCIAL ANGLAIS

Une distinction entre deux disciplines juridiques se caractérise non seulement par l'existence de sources propres à chacune des deux disciplines mais aussi par celle de fondements propres. Aussi pour savoir si une distinction de fond entre droit ordinaire et droit commercial subsiste encore aujourd'hui à l'intérieur du droit anglais, il nous faut rechercher maintenant si le droit commercial anglais connaît des fondements propres.

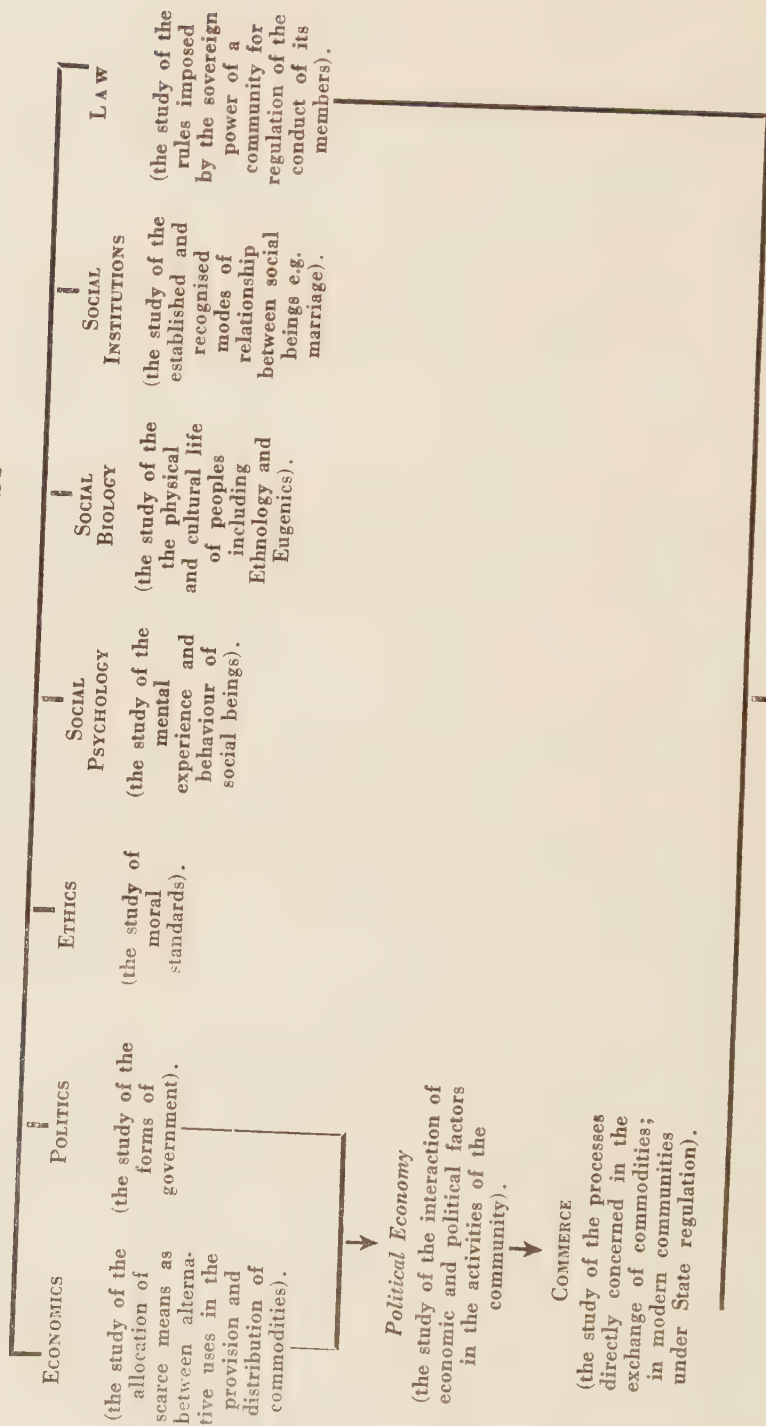
SECTION I

LES FONDEMENTS PROPRES DU DROIT COMMERCIAL

Il semble que les juristes, qui préconisent l'existence d'un droit commercial autonome, soient d'accord aujourd'hui pour reconnaître à cette discipline deux fondements propres, un fondement matérialiste et un fondement d'intérêt public. Ces deux fondements sont particulièrement bien mis en lumière par le tableau ci-joint d'un auteur anglais (1).

(1) WRIGHT (F.J.): *Commercial Law*, 1948, vol. I, p. 20. Il est intéressant de remarquer qu'ainsi même certains juristes anglais reconnaissent l'existence de fondements propres au droit commercial.

THE STUDY OF SOCIAL RELATIONSHIPS



COMMERCIAL LAW

(That part of the Law of a community concerned with the Commercial activities of its members).

F. J. Wright montre fort clairement le rôle que jouent les différentes sciences sociales dans l'élaboration du droit commercial. Nous voyons ainsi que celui-ci touche à la fois au Droit, à l'Economie et à la Politique. Le caractère particulier du droit commercial, qui le distingue du droit civil, consiste donc dans ces deux éléments propres, l'élément économique et l'élément politique. Ce qui le caractérise, c'est donc son fondement et son aspect économique d'une part, et son fondement et son aspect d'intérêt public d'autre part. Ce sont ces deux fondements que nous allons analyser respectivement.

I. — Le fondement matérialiste du droit commercial.

Le droit commercial a, d'une façon générale, pour objet la réglementation de la richesse.

Traditionnellement, la plupart des systèmes juridiques ont limité l'objet du droit commercial à la réglementation de la circulation de la richesse mais la tendance générale actuelle, parmi ceux qui défendent l'existence d'un droit commercial autonome, semble être de vouloir étendre son objet qui porterait aussi sur la réglementation de la production et de la propriété de la richesse (2). Mais quelles que soient les divergences d'opinion à propos des limites exactes du droit commercial, tout le monde est d'accord pour admettre que cet objet porte sur la richesse exclusivement. Certains disent que le critère du droit commercial est l'idée de spéculation, la recherche d'un bénéfice, d'autres que c'est la recherche du rendement le meilleur dans toute activité économique. Tous cependant reconnaissent une caractéristique commune à cet objet qui est son aspect matérialiste, économique, recherche de la richesse, d'une façon générale, que ce soit sous la forme d'un bénéfice ou du rendement économique le meilleur.

M. Hamel montre fort bien comment le droit commercial se distingue du droit civil par son fondement matérialiste (3) :

« Partir des données de la science économique pour construire un monde social dans lequel les richesses seront produites et circuleront avec le maximum de facilité et d'efficacité, telle devrait être la mission d'un droit orienté vers la vie économique; un tel droit se relierait directement aux sciences économiques exactement comme le droit civil s'apparente à la sociologie. Il serait l'instrument par lequel les données économiques deviendraient

(2) Cf. VAN RYN (J.) : « Autonomie nécessaire et permanente du droit commercial », *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 565.

(3) HAMEL (J.) et LACARDE (G.) : *Traité de droit commercial*, 1954, p. 2.

génératrices de solutions pratiques et utiles. Alors que le droit civil s'efforce de construire des cadres juridiques généraux par lesquels la vie de chaque homme s'organise dans l'ensemble de la vie sociale, un tel droit de vie économique, plus modeste dans ses buts, s'appliquerait uniquement à l'homme considéré sous l'aspect d'un producteur ou d'un transporteur de richesses et c'est l'activité de cet homme qui serait organisée et disciplinée. »

Ce fondement matérialiste distingue le droit commercial du droit civil.

Le but de ce dernier est, en effet, d'assurer la défense des droits, des valeurs, de la dignité de la personne humaine. Il réglemente les droits de l'individu. Il cherche à permettre à l'individu d'accomplir sa fonction humaine, morale, sociale, familiale. Son objet est donc l'individu. Aussi le facteur essentiel et immuable du droit civil est-il l'élément « moral » qui doit conditionner la vie de l'individu; l'élément patrimonial quand il existe lui est subordonné. Le sujet du droit civil est « *l'homo sapiens* ».

En droit commercial, au contraire, ce qui est essentiel et immuable, c'est l'élément patrimonial et les autres facteurs moraux, sociaux sont des éléments contingents d'importance variable. Le sujet du droit commercial est « *l'homo œconomicus* » (4).

Cette différence de fondements entre droit civil et droit commercial fait que pour le premier c'est le sujet qui importe, l'individu qui est en même temps l'objet de ce droit, alors que pour le second le sujet de droit importe peu, ce qui compte c'est le but poursuivi, la recherche de la richesse. Le propre du droit commercial, a-t-on dit, c'est l'anonymat (5).

C'est d'ailleurs ce qui distingue le droit commercial non seulement du droit civil, mais aussi du droit public : Le droit civil comme le droit administratif se caractérisent par leur sujet et non par le but qu'ils poursuivent; le sujet du premier est l'individu alors que celui du second est l'Etat. Le droit commercial, lui, se distingue de moins en moins par ses sujets qui sont aujourd'hui aussi bien des personnes privées que des personnes publiques ou « para-publiques », services publics, industriels et commerciaux; mais c'est son objet, la réglementation de la richesse, qui le caractérise. Un contrat commercial est tantôt privé, tantôt collectif,

(4) Suivant les systèmes juridiques, suivant les temps, c'est l'aspect *œconomicus* de l'homme qui prend plus d'importance ou, au contraire, l'aspect *sapiens*. Suivant le cas, le droit civil se rapproche du droit commercial ou, au contraire, s'en distingue.

(5) Cf. SAVATIER (A.): *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1949, p. 29.

d'aspect impersonnel, tantôt étatique, mais son objet, lui, ne variera pas : ce sera toujours la recherche de la richesse, le rendement économique.

A une époque caractérisée de plus en plus par le matérialisme, il est normal de voir la distinction du droit commercial et du droit civil s'atténuer. La différence des fondements des deux disciplines tend à s'estomper à mesure que les valeurs morales, fondement du droit civil, perdent de leur importance. Aujourd'hui ce sont les valeurs patrimoniales qui tendent à jouer un rôle prédominant : les rapports essentiels des individus sont d'ordre patrimonial. Ainsi le droit commercial qui a pour objet la richesse est devenu la partie maîtresse de bien des systèmes juridiques. La conséquence est qu'on ne veut plus le distinguer, mais l'amalgamer au droit civil ; on prétend qu'il n'est pas d'un autre ordre, qu'il ne se situe pas sur un plan différent. Alors qu'en principe en droit civil l'élément patrimonial devrait être subordonné aux éléments moraux, à la différence du droit commercial, aujourd'hui dans tous les systèmes juridiques l'élément patrimonial tend à devenir principal dans une discipline comme dans l'autre. C'est ce qu'on a appelé « la commercialisation du droit civil » (6).

Ainsi, au milieu de cette tendance générale au matérialisme et à l'abandon des valeurs morales qui caractérisent le droit civil, la réaction d'un juriste communiste mérite d'autant plus d'être soulignée car elle prouve en somme la force et la permanence de la distinction de ces deux ordres de valeur qui font la différence du droit civil et du droit commercial.

Après la tentative de faire du droit soviétique un droit exclusivement économique, le procureur général de l'U.R.S.S., Vychinsky, condamnait ainsi, dans son réquisitoire en 1937, cette politique (7) :

« Ils n'ont pas compris le caractère socialiste du droit soviétique. En substituant le droit économique au droit civil, ils ont rendu un grand service aux ennemis du communisme. Ils ont fait de l'homme vivant, avec ses droits personnels et patrimoniaux, un accessoire du mécanisme économique. Ils n'ont pas compris que le socialisme suppose le développement et le renforcement des droits personnels et patrimoniaux des travailleurs. Ils ignorent l'importance de la propriété individuelle. Sur un point tout le monde est maintenant d'accord : il faut créer un nouveau Code civil le plus tôt possible. »

(6) RIPERT (G.) : *Aspects juridiques du capitalisme*, 1951, p. 20.

(7) Reproduit par ELIACHEVITCH (B.) dans la *Revue trimestrielle du droit civil*, 1938, p. 420.

La distinction de ces deux ordres de valeur, fondement de deux droits différents, sera donc plus ou moins affirmée selon les époques et selon les règles politiques, mais elle semble devoir toujours exister. Elle a survécu même dans le régime le plus matérialiste. « Ainsi reviennent en surface, comme le dit M. Savatier (8), ces droits personnels et patrimoniaux dont les contrats au sens traditionnel restent la mise en œuvre. Vainement les avait-on crus incorporés dans le mécanisme économique, noyés sous le totalitarisme social. Ni l'élan économique, ni l'élan social ne peuvent aboutir à changer la nature profonde de l'homme. Même pour l'utiliser au point de vue de la production, on est finalement obligé de rendre hommage à sa liberté et par conséquent aux contrats. »

II. — Le fondement d'intérêt public du droit commercial.

Le droit commercial ayant ainsi un fondement matérialiste, ayant comme objet la réglementation de la richesse, intéressera nécessairement la société dont la prospérité en dépendra. Les règles commerciales devront être donc établies autant en fonction des intérêts de la Société qu'en fonction des intérêts des individus. Ainsi à l'aspect matérialiste des règles commerciales vient s'ajouter l'aspect d' « intérêt public ».

Et cela distingue à nouveau les deux disciplines : les règles commerciales défendent les intérêts des individus et ceux de la Société, ce sont des règles d'intérêt privé et public à la fois, les règles du droit civil réglementent les droits des individus seulement, ce sont des règles exclusivement privées :

« Le droit privé est la branche du droit qui assure l'égalité entre les parties (même lorsque l'Etat est une partie), tandis que dans le droit public, où l'intérêt commun est au premier plan, les citoyens ne sont pas sur un pied d'égalité avec l'Etat (qui est toujours partie au procès) ; ils restent soumis à son autorité.

« Le droit commercial, cependant, n'est pas exclusivement du droit privé, il comprend souvent aussi les éléments du droit public. Le droit maritime continental, qui est en général régi par le code commercial, met ce fait bien en évidence. A côté du droit privé commercial, qui réglemente les rapports privés nés des contrats entre commerçants, il y a le droit public maritime, le droit admi-

(8) SAVATIER (R.) : *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1949, p. 40.

nistratif maritime, le droit pénal maritime et le droit de procédure maritime » (9).

Dans ce sens on peut dire que le droit commercial a un caractère « d'intérêt public », que le droit civil ne connaît pas (10).

Cette idée d'intérêt public, concrétisée sous la forme de l'intervention de l'Etat, a toujours existé en droit commercial, mais il semble que son rôle soit particulièrement important aujourd'hui (11). Il semble que de plus en plus ce soit la considération de l'intérêt public qui détermine la réglementation du droit commercial et qu'au contraire, la considération des intérêts privés des individus joue un rôle moins important. De plus en plus la distinction semble s'exprimer par cet aspect d'intérêt privé ou d'intérêt public de chaque droit et le critère du fondement matérialiste ou moral paraît s'estomper.

Essayons d'analyser maintenant d'une façon plus précise ce caractère d'intérêt public du droit commercial. Le tableau de F. J. Wright (12) fait clairement apparaître que le caractère d'intérêt public du droit commercial dépend à la fois de ces deux éléments, l'élément économique et l'élément politique.

L'INTÉRÊT PUBLIC ÉCONOMIQUE DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial est d'abord le point de jonction de la science juridique et de la science économique. Ce droit qui réglemente ainsi l'activité économique des hommes et qui conditionne la vie économique d'un pays a un rôle économique d'intérêt public qui le distingue fondamentalement du droit civil.

(9) WALLACH (F.): *Introduction to European commercial law*, New York, 1953, p. 13 : « Private law is that part of the law under which all parties are equal (even when the State is a party) whereas under public law, where the common interest is the foreground, citizens are not in equal footing with the State (which is always a party to the proceedings) but subject to its power.

« Commercial law, however, is not exclusively private law, it often contains public law elements as well. A good illustration is continental maritime law, which is usually regulated by the commercial code. Besides private commercial law, which regulates the relations of individual arising from contracts involving merchant men, there is public maritime law, administrative maritime law, penal maritime law and the maritime law of procedure. »

(10) Il ne faut évidemment pas exagérer cette différence. Elle n'est vraie que dans la mesure où l'on envisage l'Etat sous son aspect matérialiste. Mais l'Etat ne défend pas seulement des intérêts matériels, il défend aussi des idées sociales, morales, il applique une idéologie. Considérées sous cet autre angle, les règles du droit civil intéressent l'Etat et sont d'intérêt public au même titre que les règles du droit commercial.

(11) HOUIN (R.): *L'unification interne du droit privé*, 1954, p. 101; DAVID (R.): *L'unification interne du droit privé*, 1954, pp. 91 et suiv.

(12) Cf. *supra*, p. 68.

Le commerce a toujours joué un rôle d'intérêt public dans tout pays. Déjà en 1804 dans ses principes du droit civil proprement dit et du droit commercial comparé, Boucher montrait fort bien l'importance nationale du commerce pour la France (13) :

« C'est le commerce qui multiplie les produits territoriaux et industriels. C'est le commerce qui multiplie les armateurs et marins. C'est le commerce qui fournit les matériaux propres à construire les citadelles flottantes et forme ces hommes qui vont faire briller les trois couleurs de leur pavillon dans toutes les mers du monde connu; enfin c'est le commerce qui peut seul briser entre les mains de l'orgueilleux Breton, le sceptre maritime qu'il a usurpé avec autant de lâcheté que de perfidie. »

Aujourd'hui l'intérêt public économique du commerce n'a pas diminué; par exemple l'organe essentiel de la vie économique des pays d'Europe occidentale est une institution commerciale, la société par actions (14).

La loi allemande de 1937 sur les sociétés par actions déclare textuellement : « La direction administre la société sous sa propre responsabilité de façon à servir tant l'intérêt de l'entreprise et de sa suite que le bien commun du peuple et de l'Empire » (15). De même, la jurisprudence moderne allemande semble avoir la même tendance que le législateur à considérer que les sociétés par actions ont été instituées plus dans l'intérêt public que dans l'intérêt propre des actionnaires. L'actionnaire, déclare-t-elle, ne possède de droits qu'en fonction de l'intérêt de la société ou de l'intérêt public. C'est pourquoi la jurisprudence allemande est en principe peu favorable à la reconnaissance de droits propres, c'est-à-dire de droits dont la suppression, la modification ou la restriction exigent en plus de la majorité requise dans l'assemblée générale, le consentement individuel de l'actionnaire.

Les auteurs français reconnaissent le rôle économique de la société par actions quand ils déclarent :

(13) BOUCHER (P.-L.) : *Principes du droit civil proprement dit et du droit commercial comparé*, 1804, p. LII.

(14) La société par actions anglaise, la Company, elle, théoriquement n'est pas une institution commerciale, en ce sens qu'en principe aussi bien les sociétés à objet civil que celles à objet commercial peuvent être constituées sous cette forme. Mais en fait tous les juristes anglais la considèrent comme une institution commerciale et estiment que le droit des Companies rentre dans le droit commercial parce que la réglementation des Companies, d'une part, a été faite essentiellement pour les sociétés à objet commercial et, d'autre part, s'applique en fait surtout aux sociétés à objet commercial.

(15) N° 70-1.

« La grande production ne se concevrait pas plus sans cette trouvaille juridique (les sociétés commerciales par actions) que sans les grandes inventions des sciences physiques » (16).

« La société par actions est une machine juridique aussi utile que celle que l'industrie utilise » (17).

Pour les Anglais et pour les pays qui ont adopté leur système de Company Law, le rôle économique d'intérêt public des Compagnies est indiscutable.

« Le système anglais du droit des sociétés, qui a servi de modèle à la totalité du Commonwealth et de l'Empire et qui a exercé une influence considérable sur le droit des Etats-Unis, a donc contribué à déterminer la nature de l'économie de la plus grande partie du monde de langue anglaise... Nous devons comprendre que le droit actuel des sociétés n'est pas un ensemble aride de règles abstraites, mais qu'il constitue une partie essentielle du mécanisme de travail de l'Etat moderne » (18).

« Il s'ensuit que... alors que le droit des sociétés ne peut devancer la politique économique ni, beaucoup moins encore, être fondé sur une conception *a priori* de l'organisation économique d'un pays, il lui appartient au plus haut degré de mettre clairement en évidence le mécanisme de la politique adoptée. Un exposé précis des conceptions et des classifications du droit des sociétés est nécessaire non seulement pour définir les rapports existant entre les parties qui interviennent dans la création, la formation et la direction de la société, mais aussi pour favoriser l'aboutissement d'une politique générale » (19).

Le rôle des sociétés par actions a une importance publique telle qu'en fait on admet universellement aujourd'hui que la réglementation des sociétés par actions doit appartenir aux pouvoirs publics.

(16) NOGARO : *Eléments d'économie politique*, 4^e éd., 1936, T. I-25.

(17) RIPERT : *Aspects juridiques du capitalisme*, 1951, p. 109.

(18) GOWER (L. C. B.) : *Modern Company Law*, 1954, p. 58 : « The British system of Company Law, which has been the model for the whole of the Commonwealth and Empire and exercised a considerable influence on the U.S.A., has therefore helped to determine the nature of the economy of the greater part of the English speaking world... We must understand the present company law not merely as an arid set of abstract rules, but as an essential part of the working machinery of the modern State. »

(19) Cf. *The Report of the Indian Company law Committee* (Delhi, 1952), at p. 14 : « It follows... that, while company law cannot anticipate economic policy, much less be based on any *a priori* view as to the economic organisation of a country, it is very much its province to have the instruments of policy clearly set out. A precise formulation of the concepts and categories in Company law is necessary not only to define the relationship between the parties interested in the promotion, formation and management of a Company, but also to subserve the ends of a public policy. »

« Il appartient par conséquent au législateur de donner les plans de la machine merveilleuse qui seule peut convenir aux besoins de la grande industrie et du grand commerce. Il doit le faire avec le désir d'arriver à ce qu'elle fonctionne le mieux possible » (20).

« C'est une grande illusion que de considérer la société anonyme moderne comme une sorte de principauté autonome dont le pouvoir est tiré d'une source mystérieuse indépendante de l'Etat. Le pouvoir de la société anonyme est tout entier accordé par l'Etat » (21).

Ce rôle économique d'intérêt public des sociétés par actions est d'ailleurs particulièrement mis en valeur par le droit anglais avec sa distinction des « public » et des « private » companies. Les companies d'une importance économique particulière, celles qui ont plus de cinquante actionnaires et font appel à l'épargne publique, sont les « public companies » et elles sont soumises à une réglementation spéciale, plus rigoureuse.

Ainsi l'exemple des sociétés anonymes, création par excellence du droit commercial, nous donne une idée du rôle économique d'intérêt public du droit commercial. L'intérêt économique de la Société, de l'Etat en particulier, est directement mis en cause par le droit commercial. A travers les sociétés par actions le droit commercial apparaît ainsi comme le serviteur de l'économie nationale (22).

L'INTÉRÊT PUBLIC POLITIQUE DU DROIT COMMERCIAL

L'intérêt public du droit commercial n'est pas limité à cet aspect économique, il a aussi un aspect politique (23).

Le régime politique et économique d'un pays a une influence directe sur le droit commercial beaucoup plus importante qu'il ne peut en avoir sur le droit civil; il se répercute directement sur le premier tandis qu'il peut laisser indifférent le second. C'est lui qui donne son aspect propre au droit commercial et permet de le différencier en fait du droit civil. Le droit commercial est un moyen d'expression d'un régime politique. Le régime capitaliste entraîne une certaine forme de droit commercial, fondée sur la propriété individuelle libre et absolue et sur le respect des volontés individuelles; dans un régime capitaliste l'organe essentiel de ce droit sera la société anonyme. Les régimes démocratiques, socialistes et com-

(20) LIPPMAN (Walter): *La Cité libre*, 1938, p. 112.

(21) *Ibid.*, p. 332.

(22) RIPERT (G.): *Aspects juridiques du capitalisme*, 1951, pp. 53 et 218.

(23) FRIEDMANN (W.): *Law and Social Change in contemporary Britain*, 1951, p. 277 : « The planned State and the Rule of Law. »

munistes, entraînent au contraire multiplication des règles de droit public à l'intérieur du droit commercial. La liberté contractuelle sera beaucoup plus limitée et le droit commercial sera conçu de façon à assurer un dirigisme économique. Dans un tel régime politique la distinction des deux disciplines sera souvent plus apparente car elles reposeront alors sur des principes tout à fait différents, le droit commercial reposant surtout sur des principes de droit public. L'aspect d'intérêt public du droit commercial sera parfois mieux accentué au point qu'il se confondra avec le droit public pour devenir ainsi un droit semi-public (24).

Cette dépendance du droit commercial par rapport aux régimes politiques et économiques explique que la distinction de fait des deux disciplines soit une distinction contingente qui apparaît très nette à certaines époques, disparaît à d'autres et apparaît plus clairement dans certains pays que dans d'autres.

Facteur capital de la vie économique d'un pays, moyen d'expression concret des idées politiques, le droit commercial a donc un caractère public qui le distingue du droit ordinaire.

Ce rôle d'intérêt public existe en droit anglais comme dans tous les autres systèmes juridiques et un célèbre juge anglais déclarait récemment :

« D'un point de vue général, un système économique qui ne posséderait pas, comme partie intégrante, ou tout au moins comme partie annexe, un mécanisme pour régler les litiges commerciaux en accord avec les idées des commerçants, serait mauvais pour le commerce. Un pays commerçant qui veut que son commerce prospère, doit posséder ce mécanisme. C'est à partir de ce postulat que la Law Merchant fut créée » (25).

Le droit commercial semble donc avoir des fondements propres : l'un matérialiste, économique et l'autre d'intérêt public. Ces fondements particuliers nous montrent que logiquement ce droit constitue une discipline juridique autonome ayant un esprit propre différent de celui du droit ordinaire. Cet esprit est caractérisé par la recherche d'un but économique conforme à l'intérêt public. Le droit commercial semble être le droit de l'activité économique. Il

(24) RIPERT (G.) : *Droit commercial*, 1948, p. VII, Préface.

(25) DEVLIN (P.) : « The relation between commercial law and commercial practice », 14 M.L.R., 1951, p. 249 : « Looked at in a broader sense, an economic system which did not include as a part of itself, or at any rate as an adjunct to it, machinery for settling commercial differences in accordance with the ideas of commercial men would be bad for trade. Such machinery is one of the facilities which a great trading country must afford if its trade is to prosper. It was upon this postulate that the Law Merchant was founded. »

semble d'une façon générale que ce soit ainsi que l'entendent aujourd'hui les partisans de son autonomie.

Ayant défini les fondements logiques du droit commercial, il nous faut rechercher maintenant dans quelle mesure ces fondements particuliers apparaissent dans le droit anglais.

SECTION II

LE CARACTÈRE D'INTÉRÊT PUBLIC PARTICULIER DU DROIT COMMERCIAL ANGLAIS

D'une façon générale la notion d'intérêt public apparaît déterminée par l'objet de l'ordre juridique dans lequel elle s'applique. Ainsi l'objet du droit commercial et celui du droit civil étant différents, la notion d'intérêt public apparaîtra différente dans ces deux droits.

L'intérêt public du droit privé c'est la défense de la liberté et des droits individuels conformément à la morale sociale. Celui de la Common Law apparaît ainsi essentiellement comme un intérêt public moral; il semble plus tenir compte des intérêts moraux de la société que de ses intérêts matériels. La « public policy » assure en fait la défense d'un ordre moral. Tout le droit de la Common Law repose sur le principe du respect absolu du droit de propriété appliqué même parfois d'une façon excessive dans sa rigueur, et celui du respect absolu de la volonté individuelle. La nature de l'intérêt public de la Common Law comme celui de tout droit privé, s'oppose donc à l'intervention de l'autorité publique. il veut la liberté.

En droit commercial il s'agit, au contraire, d'un intérêt public économique qui par lui-même nécessite une intervention beaucoup plus directe de l'autorité publique. La défense d'un tel intérêt public veut, en effet, la réglementation par l'Etat des activités économiques, depuis la fabrication des produits jusqu'à leur vente. Alors que l'intérêt public ordinaire du droit privé veut le respect du droit de propriété et de la volonté individuelle, la défense de celui des matières commerciales semble s'accompagner nécessairement d'une limitation du droit de propriété et d'une restriction de la liberté et du rôle de la volonté individuelle.

Dans quelle mesure une telle notion particulière d'intérêt public apparaît-elle dans le droit appliqué aux matières commerciales en Angleterre ? Dans quelle mesure provoque-t-elle une intervention spéciale de l'autorité publique et donne-t-elle ainsi un aspect public à ce droit ? C'est ce que nous allons rechercher maintenant en examinant successivement si les règles du droit commercial

anglais présentent cet aspect public au stade législatif, au stade administratif et au stade judiciaire.

I. — L'aspect public du droit commercial anglais au stade législatif.

A l'époque actuelle il semble qu'il y ait dans tous les pays une tendance de plus en plus grande de la part des législateurs à vouloir utiliser le droit commercial pour parvenir à des fins d'économie dirigée.

« Révolutionnaire, positif et économique, l'ordre public législatif en est par là même envahissant et prolifique; il gagne peu à peu sur la liberté contractuelle qu'il limite et sur l'ordre public qu'il tend à effacer » (26).

En droit français, par exemple, les dispositions sur la location-gérance ont sans doute pour but apparent de protéger les intérêts privés du bailleur et du locataire, en organisant la publicité des contrats et en associant au moins partiellement le propriétaire aux risques de l'exploitation. Mais elles ont bien davantage pour but d'agir sur le nombre et sur l'importance financière des entreprises. Le législateur a voulu moins d'entreprises et surtout moins de petites entreprises qui encombrant les circuits commerciaux. Pour cela il n'a permis la location-gérance que dans des cas exceptionnels et il a pratiquement supprimé l'intérêt que le propriétaire trouvait dans le contrat en l'associant au gérant (27).

L'importance de l'activité législative anglaise dans les matières commerciales, alors que le droit anglais est théoriquement basé sur la coutume et non sur la loi, révèle déjà le caractère d'intérêt public particulier des questions commerciales. Ce fait nous laisse présumer que le législateur anglais trouve ainsi dans le droit commercial un moyen d'application de ses fins économiques et politiques.

Le professeur Gutteridge relevait déjà l'importance extraordinaire des statuts de droit commercial entre 1862 et 1908, et qui restera, dit-il, pour les historiens du droit anglais comme l'époque de la codification des matières commerciales (28). Il déclare que le droit commercial anglais fut révolutionné par l'addition au Statute Book des actes suivants du Parlement : Bills of Exchange Act, 1882 (29),

(26) MALAURIE (Philippe): *Les contrats contraires à l'ordre public*, thèse Paris, 1953, p. 62.

(27) HOUIN (R.): « Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation », *Rev. trim. dr. com.*, 1954-24.

(28) GUTTERIDGE (H. C.): « Contract and Commercial Law », 51 L.Q.R., 1935, p. 117.

(29) 45 and 46 Vict., c. 61.

Partnership Act, 1890 (30), Sale of Goods Act, 1893 (31), Marine Insurance Act, 1906 (32), Companies Act, 1908 (33).

Mais, depuis 1908, l'activité législative dans le domaine commercial a continué à être prédominante avec le Carriage of Goods by Sea Act de 1924 (34), les Companies Act de 1929 (35) et 1948 (36), le Registration of Business Names Act de 1916 (37), les Monopolies and Restrictive Practice Act de 1948 (38), le Trade Marks de 1938 (39) et 1953 (40), le Restrictive Trade Practice Act de 1956 (41).

Si importante qu'elle ait été cette intervention législative dans les matières commerciales paraît encore insuffisante à bien des juristes anglais :

« Sur un point le droit commercial prend du retard, à savoir en matière de réforme juridique. La réforme de la loi de 1943 (contrats inexécutés), la réforme de la loi de 1954 (exécution forcée des contrats), l'introduction projetée d'actions à une valeur différente du pair, la suppression proposée de l'endossement de certains chèques, concernent des sujets d'intérêt limité, bien qu'important. Il est urgent de s'occuper de projets plus vastes, tels que la réforme de la procédure arbitrale visant une coopération plus étroite que celle qui existe actuellement entre les tribunaux d'arbitrage commercial et le tribunal de commerce, et l'introduction d'une procédure moins formelle pour le jugement des questions de droit pur, que la méthode lourde de l'exposé des faits; le projet d'une loi sur les ventes d'exportation, et la préparation d'un Code des sociétés qui abolisse les dispositions tombées en désuétude et qui simplifie le droit des sociétés.

« Au milieu du xx^e siècle, le droit commercial se présente comme une branche juridique en pleine croissance, moderne d'esprit, consciente de ses besoins de réforme. Il y a cent ans le droit commercial se préparait à entrer dans le monde inconnu des sociétés à responsabilité limitée et des codes commerciaux. Aujourd'hui,

(30) 53 and 54 Vict., c. 39.

(31) 56 and 57 Vict., c. 71 (a).

(32) 6 Edw. 7, c. 41.

(33) 8 Edw. 7, c. 69.

(34) 14 and 15 Geo. 5, c. 22.

(35) 19 and 20 Geo. 5, c. 23.

(36) 11 and 12 Geo. 6, c. 38.

(37) 6 and 7 Geo. 5, c. 58.

(38) 11 and 12 Geo. 6, c. 66.

(39) 1 and 2 Geo. 6, c. 22.

(40) 1 and 2 Eliz. 2, c. 48.

(41) 4 and 5 Eliz. 2, c. 68.

il est prêt à faire un autre pas en avant dans le monde des organisations d'affaires internationales » (42).

Cette intervention exceptionnelle du législateur dans les matières commerciales a une signification importante :

Elle montre d'abord que le droit commercial a besoin d'évoluer sans cesse et ne peut s'accommoder de la règle de fixité de la Common Law. Grâce à la « Statute Law » le droit commercial garde une certaine souplesse et une certaine liberté d'évolution. Par l'intermédiaire du législateur il pourra obtenir modification ou établissement de règles que les Common Law Courts liées par la doctrine du précédent se refuseraient à faire.

Elle prouve aussi le caractère d'intérêt public spécial du droit commercial. L'intervention exceptionnelle du législateur dans les matières commerciales montre l'intérêt particulier que le législateur anglais porte aux questions et règles commerciales parce qu'elles sont liées à la vie politique et économique de l'Etat (43).

II. — L'aspect public du droit commercial anglais au stade administratif.

Le caractère d'intérêt public du droit commercial semble aussi être reconnu de plus en plus par l'Etat anglais lui-même. De plus en plus, en effet, les pouvoirs publics interviennent directement dans les matières commerciales au nom d'un intérêt public économique.

Cette tendance de l'Etat à utiliser le droit commercial comme moyen d'application d'une politique économique est clairement révélée en France, par exemple, par la réforme du Registre du Commerce du 9 août 1953 qui a été inspirée en grande partie par

(42) SCHMITTHOFF (Clive M.): « Commercial law in action », *Sol. J.*, 1957, vol. 101 : « In one respect commercial law to-day is lagging behind time, namely in matters of Law Reform. The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, the Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954, the intended introduction of no par value shares, the proposed abolition of endorsements on certain cheques concern limited, though important topics. The immediate task is to take in hand larger projects, such as the reform of arbitration proceedings, aiming at a closer cooperation between commercial arbitration tribunals and the Commercial Court than exists at present and the introduction of a less formal procedure for the decision of questions of law than the cumbersome method of case stated; the draft of an Export Sales Bill; and the preparation of a Companies Code which abolishes obsolete provisions and simplifies company law.

« In the middle of the 20th century commercial law presents itself as a body of law vigorous in growth, modern in spirit, aware of its need for reform. A hundred years ago Commercial law prepared to move into the unknown world of limited Companies and commercial codes. Today it is ready for another advance into the world of international business organisations. »

(43) Cf. FRIEDMANN (W.): *Legal Theory*, 1953, 3^e éd., p. 338.

des considérations économiques et sociales. Le décret du 9 août 1953 a beaucoup moins pour but de protéger les intérêts privés que de permettre à l'Institut de la statistique de tirer tous les renseignements du Registre du commerce et de surveiller l'application des conditions administratives de création des entreprises. Les buts d'économie dirigée l'emportent sur les buts d'intérêt privé. Comme le souligne l'instruction du 27 février 1954, le but des nouveaux textes est de fournir « un moyen d'enquête permanente sur l'activité commerciale et industrielle du pays ».

Aussi a-t-on fait prédominer le souci de l'exactitude statistique sur les notions purement juridiques : de là l'obligation de l'immatriculation unique, de là l'obligation d'immatriculer sommairement ou de mentionner des établissements n'ayant pas nature juridique de succursales mais ayant une importance économique tels que les usines, de là la règle que ce n'est pas l'objet statutaire d'une société qu'il faut mentionner mais son objet réel, de là la règle nouvelle que le délai d'immatriculation d'une société ne part pas de sa constitution, mais du début de son activité réelle (44).

Cette fonction politique et économique du droit commercial existe aussi en droit anglais. Le contrôle extrêmement minutieux et strict que l'Etat anglais exerce sur les matières commerciales le prouve. Le contrôle que les autorités publiques anglaises exercent notamment sur le fonctionnement des Companies est particulièrement frappant et significatif à cet égard.

Le caractère d'intérêt spécial des Companies en droit anglais est bien mis en valeur par le fait qu'une Company ne commence son existence légale qu'à partir du moment où elle a obtenu un certificat d'incorporation d'une autorité administrative, le Registrar of Companies (45). En droit anglais tout contrat fait avant la date à laquelle la Company a obtenu le droit, l'autorisation administrative, de commencer son travail est nul, et c'est à partir de cette date seulement qu'il engage la Company. La « Statutory Meeting » n'influe pas sur la naissance légale de la Company ni sur le moment où la Company est tenue par ses contrats.

En France, au contraire, le contrôle administratif n'a pas un effet juridique aussi important, car c'est l'Assemblée constitutive qui donne son existence légale à la société.

D'une façon générale, il est remarquable de constater combien le contrôle exercé par l'Etat, par l'intermédiaire du Board of

(44) Cf. *Rev. trim. dr. com.*, 1954, p. 238.

(45) GOWER : *Company Law*, 1954, p. 267; ESCARRA : « English and French Company Law », 11 C.L.J., 1951, p. 20.

Trade, est minutieux et étendu en droit anglais. En vertu du Company Act de 1948 (46) ce contrôle s'exerce :

- sur le nom commercial des Companies - Section 17;
- sur la convocation de l'Assemblée générale ordinaire et extraordinaire, qu'en cas de nécessité le Board of Trade peut convoquer lui-même - Section 131 (2 et 3);
- sur la réglementation ou la modification des règles de comptabilité et sur la vérification de cette comptabilité - Sections 149 (4), 150 (2), 152 (3);
- sur la nomination des commissaires aux comptes (Auditors) quand l'Assemblée générale n'assure pas leur nomination - Section 159;
- sur le règlement de la liquidation judiciaire des sociétés (winding up) - Sections 248, 251, 254;
- sur le liquidateur judiciaire;
- sur la conduite des directeurs de la Company - Section 334 (2 et 3).

Ce contrôle, ce rôle pourrait-on dire même, du Board of Trade dans le fonctionnement des Companies semble prendre de plus en plus d'importance en droit anglais.

Ainsi le Companies Act de 1929 (47) ne permettait au Board of Trade de faire une enquête sur une Company qu'à la requête d'actionnaires totalisant au moins 15 % du capital. Tout en maintenant cette disposition, le Companies Act de 1948 autorise désormais en plus le Board of Trade à nommer un inspecteur en vue d'une enquête en l'absence de toute requête des actionnaires, s'il estime que les affaires de la société sont traitées de manière frauduleuse ou que les associés ne reçoivent pas toute information souhaitable (48). Le Board of Trade semble faire un usage relativement important de ce pouvoir discrétionnaire car en 1953 il avait déjà nommé seize inspecteurs (49).

Il est intéressant de remarquer que ce pouvoir d'enquête du Board of Trade ne lui a pas été donné simplement dans un but de morale sociale, pour déceler et sanctionner les irrégularités, mais aussi dans un but économique et politique pour pouvoir déceler qui contrôle en fait financièrement la société (50).

L'Etat anglais par l'intermédiaire du Board of Trade joue donc un rôle de plus en plus important dans la vie légale des Companies.

(46) 11 and 12 Geo. 6, c. 38.

(47) 19 and 20 Geo. 5, c. 23.

(48) Section 165 (b).

(49) Cf. GOWER : *Company Law*, p. 515.

(50) Cf. Sections 172 et 173 : « In order to determine who in fact are interested in or control the company. » Cf. GOWER : *Company Law*, p. 516.

Mais il convient de remarquer toutefois que son contrôle s'exerce dans l'intérêt des Companies de façon à utiliser et améliorer leur fonctionnement. C'est la fonction sociale et économique des Companies, c'est la nécessité de leur bon fonctionnement qui fait « l'intérêt public » des Companies et justifie l'intervention de l'Etat. C'est pourquoi le Board of Trade s'efforce de ne pas entraver leur fonctionnement : « D'une façon générale le rôle joué par le ministère du Commerce dans le mouvement qui a révolutionné la structure de l'industrie a été celui d'un spectateur attentif plutôt que celui d'un surveillant continu » (51).

Le rôle que joue l'administration publique anglaise dans le fonctionnement des Companies nous montre fort bien le caractère d'intérêt public des matières commerciales qui, ayant une importance de plus en plus grande dans la vie économique justifient ce contrôle exceptionnel de l'Etat.

La Company Law fournit simplement un exemple frappant de l'intervention administrative dans une matière commerciale, mais cette intervention existe aussi dans bien d'autres domaines. Ainsi dans le domaine des « Restrictive Trading Agreements », le Board of Trade a un droit de contrôle sur l'utilité et la valeur de ces conventions et il peut rayer du registre où ils doivent obligatoirement être inscrits, les « restrictive agreements », conventions de pratique restrictive, qui ne présentent pas d'intérêt du point de vue économique (52).

De même le Board of Trade exerce un contrôle de plus en plus poussé sur les appellations des marchandises. L'Act de 1887 (53) ne lui permettait de contrôler que le nombre, la quantité, le poids, la qualité, le mode de fabrication des marchandises. L'Act de 1938 (54) lui permet en plus d'exercer son contrôle sur la description de la marchandise, sur la véracité de sa publicité. Depuis 1953 (55), ce contrôle est encore élargi; il s'exerce sur « any description statement or other indication direct or indirect ».

Cette intervention administrative dans les questions commerciales nous prouve donc la reconnaissance de cet intérêt public économique du droit commercial par les autorités publiques anglai-

(51) Cf. SMITH (Llewelyn) : *The Board of Trade*, 1928, p. 168 : « Broadly speaking the part played by the Board of Trade in relation to the movement which has revolutionised the structure of industry has been that of a vigilant onlooker rather than of a continuous supervisor. »

(52) Cf. Restrictive Trade Practices Act de 1956 : 4 and 5 Eliz. 2, ch. 68; *Sol. J.*, 26 janvier 1957, p. 119.

(53) 50 and 51 Vict., c. 28.

(54) 1 and 2 Geo. 6, c. 22.

(55) 1 and 2 Eliz. 2, c. 48.

ses. La défense de cet intérêt public particulier est assurée non seulement par le législateur, mais aussi par l'administration.

Or l'intervention des autorités administratives dans les questions de droit privé est tout à fait anormale, elle est contraire même à l'esprit du droit privé. Elle nous révèle ainsi cet aspect semi-public du droit appliqué aux matières commerciales en droit anglais.

III. — L'aspect public du droit commercial anglais au stade judiciaire.

Ce caractère d'intérêt public de la réglementation commerciale tel que le reconnaît le législateur et l'autorité administrative anglaise est-il aussi reconnu par le juge ? Celui-ci applique-t-il en matière commerciale une public policy spéciale ?

LE CARACTÈRE JURISPRUDENTIEL DU DROIT ANGLAIS S'OPPOSE A LA RECONNAISSANCE D'UN ORDRE PUBLIC SPÉCIAL

Il convient de remarquer d'abord que le caractère jurisprudentiel du droit anglais s'oppose à la reconnaissance et à l'application d'un ordre public nouveau par les Cours de Common Law.

Dans tout système juridique, le juge se montre réticent d'une façon générale à modifier l'ordre public existant ou à appliquer un ordre public nouveau, car c'est au législateur de construire une public policy que le juge, lui, est simplement chargé de défendre. Néanmoins dans tout système juridique, c'est une des fonctions du juge de suppléer à l'imprécision du législateur et d'adapter constamment la « public policy » aux circonstances et aux conceptions nouvelles. Mais le juge jouit d'un plus grand pouvoir pour déterminer l'ordre public lorsque la législation écrite a prédominance sur la jurisprudence car la loi écrite est rédigée en termes généraux qui guident le juge sans l'asservir. « C'est de la structure d'un droit que dépend essentiellement la liberté que possède le juge dans sa détermination de l'ordre public » (56).

Or, le droit anglais étant un droit jurisprudentiel, le juge anglais est tenu par la règle du précédent d'appliquer toujours le même ordre juridique. Il lui sera donc beaucoup plus difficile qu'au juge français, plus libre à l'égard des décisions antérieures, d'adapter l'ordre public aux circonstance et aux conceptions nouvelles ou d'appliquer une public policy spéciale à certaines matières juridiques particulières comme les matières commerciales (57).

(56) Cf. MALAURIE, *op. cit.*, p. 77.

(57) Cf. DAVID (R.): *Introduction au droit privé de l'Angleterre*, 1950, p. 230; PRAUSNITZ (O.): *Commercial contracts*, 1937, p. 102.

Ainsi la structure juridique de la Common Law entre en conflit avec la fonction première de la public policy qui est de mettre en contact étroit le droit et les besoins d'une époque nécessairement changeants (58). Elle se prête donc particulièrement mal à la reconnaissance du caractère d'intérêt public spécial et variable du droit commercial; elle se prête mal à la défense d'un ordre public commercial particulier fondé plus que tout autre sur des considérations économiques changeantes.

L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE

APPLIQUÉ PAR LES JURIDICTIONS SPÉCIALES

Néanmoins le caractère d'intérêt public des questions commerciales a pris aujourd'hui une importance telle que le législateur anglais est intervenu et a confié à des juridictions spéciales la défense d'un ordre public économique dans certaines questions commerciales.

Ainsi, le « Restrictive Trade Practice Act » de 1956 donne le pouvoir à la « Restrictive Practice Court » d'annuler certaines clauses restrictives contraires à l'intérêt public (59). Or ce tribunal estime une « restrictive trading clause » contraire à l'intérêt public quand elle est contraire à l'intérêt économique de la Grande-Bretagne. « Pour déterminer si une convention enregistrée est contraire à l'intérêt public, le Tribunal des pratiques restrictives appliquera les notions juridiques à des concepts économiques et cette procédure aura des effets légaux : le tribunal décidera si la convention en litige est nulle ou valide. L'Acte de 1956 s'abstient sagement de donner une définition générale de l'intérêt public, mais un Acte antérieur, l'Acte de 1948 sur les monopoles et pratiques restrictives (Enquête et Contrôle) stipule expressément que pour déterminer ce que veut l'intérêt public, la Commission des monopoles prendra en considération la situation économique générale du Royaume-Uni » (60).

(58) Cf. *Rodriguez v. Speyer Brothers*, 1919 A.C. 59, Lord HOLDANE, at p. 80.

(59) 1956, 4 and 5 Eliz. 2, ch. 68.

(60) Cf. SCHMITTHOFF (Clive M.): « Commercial law in Action », *Sol. J.*, 1957, vol. 101, p. 11 : « When determining whether a registered agreement is contrary to the public interest, the Restrictive Practice Court will apply judicial notions to economic concepts and that process will have legal consequences : the Court will determine whether the agreement in issue is void or valid. The Act of 1956 wisely refrains from giving a general definition of public interest, but an earlier Act, the Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948 provides expressly that when determining the public interest the Monopolies Commission shall have regard to the general economic position of the United Kingdom. »

En fait d'ailleurs, l'Acte de 1956 définit lui-même dans sa section 21 l'ordre public à appliquer comme étant un ordre social et économique.

En dehors des cas où la défense de l'intérêt public économique des questions commerciales est imposée par le législateur à un juge spécial, il convient de rechercher maintenant si le juge des Common Law Courts de son propre chef reconnaît un intérêt public spécial aux matières commerciales et dans quelle mesure il en assure la défense.

PARTICULARITÉ DE LA FONCTION DU JUGE EN MATIÈRE COMMERCIALE

Le législateur a donné au juge de Common Law dans les matières commerciales un rôle particulièrement important, il lui a imparti une fonction extrajuridictionnelle (61).

Ainsi dans le domaine de la Company Law les Cours de Common Law prennent une part directe extrêmement importante au fonctionnement des Companies. Leur rôle n'est pas seulement juridictionnel et ne se limite pas aux litiges entre associés, mais les Cours interviennent directement dans le fonctionnement des Companies. Leur autorisation est, en effet, nécessaire pour que la société puisse faire certains actes. Par exemple pour que la société puisse procéder à une réduction de capital il faut qu'elle obtienne l'agrément de la Cour (Consent of Court Act de 1948, S. 66). De même, en cas de liquidation judiciaire (*winding up by the Court*), le liquidateur doit obtenir l'assentiment du tribunal avant de prendre toute décision importante.

Mais le rôle extrajuridictionnel de la Cour ne se limite pas à donner son accord à certains actes, il consiste aussi parfois à donner des ordres à la Company, à réglementer directement son fonctionnement. Le juge de Common Law peut, par exemple, en vertu du Company Act de 1948, section 135, convoquer une assemblée générale, ou ordonner une enquête sur le fonctionnement de la société (S. 165, *a*).

Dans le domaine du droit des Companies, le juge anglais voit donc sa fonction élargie : ce n'est plus seulement une fonction juridictionnelle mais c'est aussi une fonction administrative. Il ne juge pas seulement les différends relatifs aux Companies, mais il

(61) Historiquement, d'ailleurs, les pouvoirs du juge anglais dépassent le cadre purement juridictionnel puisqu'autrefois, au temps de l'« Equity », le juge faisait aussi le droit. Mais aujourd'hui il semble que cette fonction extrajuridictionnelle ne subsiste qu'en matière commerciale.

administre aussi les Companies, il intervient directement dans leur fonctionnement.

Même dans l'exercice de sa seule fonction juridictionnelle d'ailleurs, le juge anglais jouit aussi, dans le domaine de la Company Law, de pouvoirs tout à fait spéciaux qu'il ne connaît pas dans les autres domaines du droit. Il jouit, nous l'avons vu, de pouvoirs d'injonction et de pouvoirs inquisitoriaux si exceptionnels que la procédure judiciaire n'est en aucune façon adaptée à leur usage comme le remarque un auteur anglais : « L'ennui est que cette Haute Cour anglaise de procédure, n'est pas faite pour le rôle inquisitorial qui lui a été ainsi confié par les juges » (62).

Cette fonction et ces pouvoirs spéciaux du juge limitent la liberté privée. En matière commerciale, dans le droit des sociétés en tout cas, les parties seront moins libres, elles seront soumises à un contrôle beaucoup plus poussé de l'autorité judiciaire.

Cet exemple de la Company Law et de la fonction particulière qu'y exerce le juge nous prouve le caractère d'intérêt public original que le droit commercial anglais présente même au regard de la justice. Ce que veut cet intérêt public, c'est une marche de la Company conforme à l'intérêt social et économique général et c'est au juge qu'il incombe d'assurer ce résultat. C'est parce qu'il s'agit d'un intérêt public spécial que le juge connaît une fonction spéciale.

En lui accordant des pouvoirs de contrôle accrus, le législateur anglais révèle ainsi à l'autorité judiciaire l'existence dans les matières commerciales d'un intérêt public particulier justifiant l'application d'une « public policy » spéciale.

Dans quelle mesure le juge anglais tire-t-il une conclusion générale de cette indication ? Dans quelle mesure va-t-il chercher à défendre spécialement l'intérêt général et à appliquer une public policy particulière, plus vigilante en matière commerciale ?

TENDANCE DU JUGE DE COMMON LAW

A JUGER LES LITIGES COMMERCIAUX DANS L'INTÉRÊT DU COMMERCE

Il semble bien que le juge des Common Law Courts prenne de plus en plus conscience du caractère original d'intérêt public des questions commerciales en général.

Une tendance peut, en effet, être relevée récemment chez le juge de Common Law à chercher à donner aux litiges commer-

(62) GOWER : *Company Law*, 1953, p. 540 : « The trouble is that English High Court Procedure is ill adapted to the inquisitorial role thus thrust upon the judges. »

ciaux, au nom de l'intérêt public, une solution avant tout conforme aux intérêts du commerce plus qu'une solution purement juridique.

Cette tendance a été clairement mise en valeur dans quelques jugements récents :

Ainsi dans *Scottish Insurance Corporation Ltd v. Wilsons and Clyde Coal Co. Ltd* (63) où une question concernant les droits des détenteurs d'actions de préférence dans la liquidation judiciaire d'une société par actions se posait, Lord Simonds explique :

« Lisant ces clauses dans leur ensemble avec la connaissance du sujet que les années m'ont apportée, je n'hésiterais pas à dire... que la dernière chose qu'un détenteur d'actions de préférence pourrait s'attendre à recevoir, — *je ne parle pas ici des droits légaux* (64) — serait une part des réserves et qu'une telle attribution serait une aubaine que raisonnablement il n'escomptait pas. »

De même, dans *M. W. Hardy and Co. Inc. v. A. V. Pound and Co. Ltd* (65), où dans une affaire de vente internationale la question était de savoir qui, du vendeur ou de l'acheteur, devait obtenir l'autorisation d'exporter, Singleton L. J. déclare dans un jugement confirmé par la House of Lords (66) :

« *Du point de vue commercial* (67), il me semble qu'il serait plus commode, pour le moins, de laisser aux vendeurs le soin de s'occuper, par l'intermédiaire de leurs fournisseurs, de tout ce qui concerne l'autorisation d'exporter hors du Portugal et telle me semble avoir été l'intention des parties. »

Dans *St. John Shipping Corporation v. Joseph Bank Ltd* (68), Devlin J. rappelle la fonction particulière de la Commercial Court qui est de statuer avant tout dans l'intérêt du commerce :

« Il y a là un sujet de préoccupation qui doit s'imposer à tout juge siégeant dans ce qu'on appelle la Cour de commerce. Cette Cour fut instituée, il y a plus d'un demi-siècle, pour régler les

(63) [1949] A.C. 462, 487 : « Reading these articles as a whole with such familiarity with the topic as the years have brought, I would not hesitate to say... that the last thing a preference stockholder would expect to get (I do not speak here of the legal rights) would be a share of surplus assets and that such a share would be a windfall beyond his reasonable expectation. »

(64) Souligné par nous.

(65) [1955] 1 Q.B. 499 at p. 511.

(66) [1956] 2 W.L.R. 683 : « From the business point of view it appears to me that it was more convenient, to say the least, that the sellers should deal with any question as to export licence from Portugal through their suppliers and that seems to have been the intention. »

(67) Souligné par nous.

(68) [1956] 3 W.L.R. 870, 882 : « To any judge who sets in what is called the Commercial Court, it must be a matter of special concern. This Court was instituted more than half a century ago, so that it might solve the disputes of commercial men in a way which they understood and appreciated... »

différends des commerçants d'une manière qu'ils comprennent et qu'ils apprécient... »

Ce respect des intérêts du commerce semble même si fort aujourd'hui que le juge va, dans certains cas, pour assurer leur défense, jusqu'à écarter l'application des règles légales. Ainsi, au nom de l'intérêt du commerce, le juge anglais a déclaré récemment que la règle de « privity of contract », selon laquelle un contrat ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes, ne s'applique pas aux contrats commerciaux (69).

Faisant le bilan de la position actuelle du juge de Common Law en face des litiges commerciaux un auteur anglais s'exprime ainsi :

« Les juges modernes quand ils examinent des affaires commerciales ne perdent jamais de vue l'idéal qui veut que les règles qu'ils posent soient en accord avec l'opinion commerciale la meilleure » (70).

Le juge de Common Law reconnaît donc un intérêt public spécial aux matières commerciales : dans les litiges commerciaux il ne recherche pas une solution juridique théorique mais une solution pratique conforme à l'intérêt du commerce.

LA PUBLIC POLICY COMMERCIALE APPARAÎT DIFFÉRENTE DE LA PUBLIC POLICY ORDINAIRE

Pour assurer la défense de cet intérêt public dont il reconnaît l'originalité, il paraît normal que le juge anglais applique un ordre public spécial. Et de fait, la « public policy » appliquée dans le domaine commercial semble parfois différente de celle des autres domaines.

Jusqu'en 1906 par exemple, on appliquait un ordre public différent en matière de droit du travail et en matière de droit commercial (71). En matière commerciale, les Common Law Courts admettaient la liberté complète de la concurrence commerciale : « Tous les hommes sont libres de commercer dans les conditions qui leur plaisent », déclarait catégoriquement Lord Halsbury dans *Mogul Steamship Co. v. Mc Gregor Gow and Co.* (72). Dans ce « case » la House of Lords déclara valable une pratique de boycottage purement commercial. Mais les Cours de Common Law refu-

(69) *Pyrene Co. Ltd v. Scindia Navigation Co. Ltd* [1954] 2 Q.B. 402; cf. CHESHIRE and FIFOOT : *Law of Contract*, 4^e éd., 1956, p. 369 : « This case reveals the ready recognition of commercial interests. »

(70) SCHMITTHOFF (Clive M.) : « Commercial law in action », *Sol J.*, 1957, vol. 101, p. 11 : « Modern judges when dealing with commercial cases, never lose sight of the ideal that the rules which they lay down should be in harmony with best commercial opinion. »

(71) Cf. FRIEDMANN (W.) : *Law and Social Change*, 1951, p. 112.

(72) [1892] A.C. 25 at p. 38.

saient ou tout au moins restreignaient beaucoup plus la liberté de la concurrence dans le droit du travail, dans les relations contractuelles d'emploi, dans les rapports entre patrons et ouvriers. Ainsi dans *Temperton v. Russel* (73), la Cour d'Appel condamna une pratique de boycottage employée pour contraindre un employeur à accepter une règle syndicale.

Le Trade Union Act de 1906 a reconnu la validité de la concurrence totale et de toutes les pratiques concurrentielles sur le marché du travail et maintenant le même ordre public est appliqué par le juge en droit commercial et en droit du travail. Mais le fait important est qu'à un moment donné la distinction a existé et qu'on appliquait au droit commercial un ordre public qu'on n'admettait pas ailleurs.

De même dans le domaine du « *restraint of Trade* », des atteintes à la liberté commerciale, un ordre public différent est appliqué suivant que la pratique restrictive concerne exclusivement des rapports commerciaux ou suivant qu'elle met aussi en cause des rapports juridiques autres, de service, d'emploi (74). Il est admis par exemple, qu'un *restraint of Trade* imposé à un vendeur (*Goldsol v. Goldman*) (75) sera plus facilement accepté qu'un *restraint of Trade* imposé à un employé (servant) (*Attwood v. Lamont*) (76).

« Lorsque le litige porte sur la validité d'un contrat, par exemple d'un contrat de travail, pour lequel une personne qui n'avait guère le choix, a renoncé à gagner sa vie par l'exercice de son métier après l'expiration de son contrat de travail, le droit examine minutieusement le marché, mais lorsque la question porte sur la validité d'un accord commercial réglementant les rapports commerciaux, passé par deux maisons ou par leurs sociétés commerciales, le droit adopte une attitude quelque peu différente; il examine encore soigneusement ce que veut l'intérêt public, mais il considère que les parties sont les meilleurs juges de leur propre intérêt » (77).

(73) [1893] 1 Q.B. 715. Cf. dans le même sens un arrêt de la House of Lords : *Quinn v. Leatham* [1901] A.C. 495.

(74) CHESHIRE and FIFOOT : *Law of Contract*, 1956, 4^e éd., p. 326.

(75) [1915] 1 Ch. 292.

(76) [1920] 3 K.B. 571.

(77) *North Western Salt Co. Ltd v. Electrolytic Alkali Co. Ltd* [1914] A.C. 461, per Lord HOLDANE, at p. 471 : « When the controversy is as the validity of an agreement, say for service, by which some one who has little opportunity of choice has precluded himself from earning his living by the exercise of his calling after the period of service is over, the law looks jealously at the bargain; but when the question is one of the validity of a commercial agreement for regulating their trade relations, entered into between two firms or companies, the law adopts a somewhat different attitude, it still looks carefully to the interest of the public, but it regards the parties as the best judges of what is reasonable as between themselves. »

Ainsi il semble bien que la notion d'un ordre public particulier au droit commercial soit admise en droit anglais.

NATURE DE L'INTÉRÊT PUBLIC

QUE CHERCHE A DÉFENDRE LE JUGE EN MATIÈRE COMMERCIALE

Quelle est donc la nature de l'intérêt public que cherche à défendre le juge en matière commerciale, en appliquant une public policy particulière ?

Le case *Beresford v. Royal Insurance* (78) montre fort bien le caractère de l'intérêt public commercial qui dans l'espèce s'oppose à l'intérêt public moral. La question était de savoir si le suicide conscient et volontaire de l'assuré entraîne la nullité de l'assurance sur la vie qu'il avait prise. La morale s'oppose à ce qu'un crime puisse être à l'origine d'un droit, c'est l'ordre public criminel; la morale veut aussi qu'un engagement contractuel soit tenu, c'est l'ordre public civil; l'intérêt du commerce veut enfin que le crédit fonctionne et que les instruments de crédit soient honorés, c'est l'ordre public économique, commercial.

Or l'existence et l'importance de cet ordre public économique en droit anglais est bien mis en valeur par Lord Macmillan quand il déclare : « Il est de première importance en particulier, que les polices d'assurance sur la vie, qui sont parmi les instruments de crédit les plus utiles, ne soient pas à la merci d'une nullité éventuelle » (79).

La Chambre des Lords a pourtant déclaré nulle la police d'assurance, mais si elle s'est prononcée ainsi c'est essentiellement parce que le suicide conscient est tenu en droit anglais pour un acte criminel de la nature la plus grave et elle a considéré que dans cette espèce les exigences morales l'emportaient sur celles du crédit. Le jugement est cependant intéressant parce qu'il nous montre non seulement l'existence, mais aussi l'importance de l'ordre public commercial, la Chambre des Lords ayant longuement hésité entre l'intérêt public moral et l'intérêt public « commercial ». Le jugement laisse d'ailleurs supposer que l'intérêt commercial triompherait dans un cas où les exigences morales ne seraient pas aussi fortes.

La célèbre espèce *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Company* nous montre également fort clairement

(78) [1938] A.C. 586, p. 604.

(79) P. 604 : « It is of the first importance in particular, that policies of life insurance, which are among the most useful instruments of credit, should not be subject to any contingent invalidity... »

quelle est la nature de l'intérêt public pris en considération pour déterminer l'ordre public applicable au « *restraint of trade* » : « C'est un principe juridique d'ordre public que le commerce doit être encouragé et la liberté du commerce assurée; mais une entrave est apportée au commerce et les commerçants sont découragés si un homme qui a monté une affaire importante n'est pas libre de disposer, au mieux, des fruits de son travail » (80).

Il s'agit donc bien d'un intérêt public exclusivement économique. Et Lord Macnaghten explique que dans l'espèce le « *restraint of trade* » imposé par la Compagnie Nordenfelt à Mr. Nordenfelt n'est pas contraire à l'intérêt public qui, étant un intérêt public économique, veut simplement qu'une activité commerciale profitable au pays ne soit pas arrêtée par ce « *restraint of trade* ». Or dans l'espèce, la fabrication des munitions change de mains, mais elle continuera à être assurée : « Comment le public peut-il être lésé par le transfert d'une entreprise d'une personne à une autre ? Si une affaire est rentable, il ne manquera pas de personnes pour en assurer la marche. Dans cette espèce particulière, les acheteurs apportèrent du capital nouveau et ils avaient, à tout le moins, la possibilité de garder les services de Mr. Nordenfelt » (81).

Lorsque la question de la validité des « *stop lists* » s'est posée devant les Common Law Courts, le juge a recherché quel était l'intérêt public économique général. La « *stop list* » est une liste noire des commerçants ayant vendu à des prix autres que ceux fixés par une profession commerciale; les commerçants inscrits sur cette liste sont « *boycottés* » par les autres. La question s'est posée de savoir si la pratique des *stop-lists* était légale dans l'affaire *Ware and de Freville Ltd v. Motor Trade Association* (82). En examinant si la pratique des « *stop lists* » est contraire à l'intérêt public, Lord Justice Scrutton déclare « Alors que des prix bas peuvent paraître une bonne chose pour le public, ils ne sont pas à longue échéance un avantage s'il provoquent la ruine de tous les commerçants. Un niveau fixe des prix peut présenter des avantages considérables comparé aux brusques variations de prix, prix très élevés des temps

(80) [1894] A.C. 535, Lord MACNAGHTEN, at p. 566 : « It is a principle of law and of public policy that trading should be encouraged and that trade should be free; but a fetter is placed on trade and trading is discouraged if a man who has built up a valuable business is not to be permitted to dispose of the fruits of his labours to the best advantage. »

(81) P. 574 : « How can the public be injured by the transfer of a business from one hand to another ? If a business is profitable there will be no lack of persons ready to carry it on. In this particular case the purchasers brought in fresh capital, and had at least the opportunity of retaining Mr. Nordenfelt's services. »

(82) [1921] 3 K.B. 40.

de pénurie et prix concurrentiels et non rentables des temps de surproduction ou de pression financière » (83)... L'intérêt public pris en considération est donc bien un intérêt public économique.

Cet aspect économique de l'intérêt public dans les matières commerciales semble bien être un trait distinctif du droit commercial de la Common Law puisque, d'une façon générale, la public policy de la Common Law repose sur des considérations morales.

CONTROVERSE SUR L'EXISTENCE D'UNE PUBLIC POLICY ÉCONOMIQUE

Pourtant, de nombreux juristes anglais nient l'existence d'une public policy économique spéciale aux matières commerciales (84). Ils prétendent que jamais, devant les Cours de Common Law, la considération de l'intérêt public économique n'a déterminé la public policy (85). Ils affirment par exemple que jamais un restraint of trade constaté conforme à l'intérêt des parties n'a été annulé en droit anglais comme contraire à l'intérêt public économique (86).

« Il est frappant de remarquer qu'il ne semble pas exister une seule décision où l'intérêt public ait réussi à modifier ce qui avait été décidé au nom de l'intérêt des parties », constate un auteur anglais (87).

« Leurs Seigneuries ne connaissent pas une seule décision où une atteinte à la liberté du commerce, conforme à l'intérêt des parties, ait été reconnue nulle parce que contraire à l'intérêt public », déclare Lord Parker dans l'affaire *A. G. of Australia v. Adelaide Steamship Co.* (88).

(83) P. 71 : « While low prices may be good for the public for the time they are not a benefit if all the suppliers are thereby ruined. A steady level price may have considerable advantages over violent fluctuations from very high prices in time of scarcity, and price competition and unremunerative prices in time of plenty or financial pressure... »

(84) Cf. MALAURIE : *op. cit.*, p. 35.

(85) Il est intéressant de remarquer cependant que dans le jugement récent *Treseder-Griffin and another v. Cooperative Insurance Society Ltd* [1956] 2 W.L.R. (C.A.) 866, la Cour d'appel, pour la première fois, applique explicitement un ordre public économique. Une clause or avait été insérée dans un bail commercial. La Cour d'appel annula la clause parce qu'elle était contraire à l'intérêt public économique du pays.

(86) Il est intéressant de remarquer qu'en France, le juge se refuse à annuler une convention au nom des seules considérations économiques. Le juge américain, au contraire, considère qu'il peut résoudre des problèmes économiques par le seul raisonnement juridique, étant donné les termes très généraux du 14^e Amendement de la Constitution. Cf. MALAURIE, *op. cit.*, p. 56.

(87) FRIEDMANN (W.) : *Legal Theory*, 3^e éd., p. 337 : « It is a striking fact that there does not appear to be a single decision in which the public interest has been allowed to overrule the result reached by a consideration of the interests of the parties. »

(88) [1913] A.C. 795 : « Their Lordships are not aware of any case in which a restraint, though reasonable in the interests of the parties, has been held unenforceable because it involved some injury to the public. »

Et Lord Finlay, dans l'affaire *Crown Milling Co. v. The King*, explique que le juge n'a pas à appliquer une politique économique : « Il n'appartient pas à ce tribunal pas plus qu'à aucun autre de se prononcer entre les théories opposées d'économie politique » (89).

Mais ce fait que les Cours de Common Law adoptent toujours la solution conforme à l'intérêt des parties et ne l'écartent jamais au nom de l'intérêt public s'explique fort bien et ne prouve pas l'inexistence d'une « public policy » économique. Les Cours de Common Law appliquent en fait la politique économique du libéralisme. Pour elles, l'intérêt public économique est toujours conforme à l'intérêt privé. Ce qui est bon économiquement pour l'intérêt privé est bon pour l'intérêt public. Un « restraint of trade » conforme à l'intérêt des parties ne peut être contraire à l'intérêt public; s'il est « reasonable » à l'égard des parties, il est « reasonable » à l'égard de l'intérêt public. C'est ce qu'explique fort bien un auteur anglais, quand il déclare : « Les jugements, tout en traitant les questions économiques d'une façon accidentelle et fortuite, ont été tous guidés par une croyance absolue à l'identité de l'intérêt privé et de l'intérêt public. Ce fait, malgré l'affirmation de Lord Finlay dans *Crown Milling Co. v. The King* (1927) A.C. 394, implique l'acceptation au nom de l'ordre public, peut-être inconsciemment, d'une théorie économique bien définie » (90).

Ainsi le fait que les Cours de Common Law valident un « restraint of trade » dès qu'il est conforme à l'intérêt économique des parties (reasonable) ne prouve pas que l'intérêt public économique ne joue aucun rôle et que les Cours ne le prennent pas en considération. Les Cours appliquent bien une « public policy » économique en matière de restraint of trade : c'est le libéralisme. D'après cette politique économique, l'intérêt public va de pair avec l'intérêt des parties; un restraint of trade « reasonable » quant à l'intérêt des parties sera donc aussi « reasonable » et valable au regard de l'intérêt public, car l'intérêt public économique est fonction de l'intérêt économique des particuliers.

Le critère de la « public policy » économique, c'est donc l'intérêt des parties, c'est la « reasonableness » du restraint of trade. Et

(89) [1927] A.C. 394, p. 402 : « It is not for this tribunal, nor for any tribunal, to adjudicate as between conflicting theories of political economy. »

(90) FRIEDMANN : *Legal Theory*, 3^e éd., p. 338 : « The judgments, haphazard and casual as they are in their treatment of economic questions, have been throughout guided by an unquestioning belief in the identity of private interest and public good. This despite Lord Finlay's assertion in *Crown Milling Co. v. The King* [1927] A.C. 394, implies the acceptance of a definite if possibly unconscious economic theory in the name of public policy. »

c'est pourquoi cette « public policy » économique peut paraître parfois absente dans les jugements sur les cas de *restraint of trade* où apparemment seul l'intérêt respectif des parties est pris en considération. Mais parce qu'elle est liée à l'existence de l'intérêt « reasonable » des parties, cette « public policy » économique est en fait toujours contenue implicitement dans les jugements, elle n'en existe pas moins.

Un examen d'ensemble des jugements des Cours de Common Law en matière de *restraint of trade*, révèle d'ailleurs clairement l'existence d'une politique économique appliquée par les Cours.

Ainsi, au début du siècle, les Cours de Common Law cherchaient à assurer une protection absolue de la liberté individuelle et, au nom de l'ordre public, elles déclaraient illégaux et annulaient les moyens de pression employés par les groupes économiques, les cartels, contre les individus pour leur faire accepter une restriction à leur liberté individuelle au nom d'un intérêt économique commun.

Par exemple, dans les espèces *Hilton v. Eckersley* (91) *Joseph Evans v. Heathcote* (92), *Mc Ellistram v. Balhymacelligatt Co-operative Agricultural and Dairy Soc.* (93), les Cours ont annulé comme contraires à l'ordre public des contrats passés entre des unions, des groupes, des cartels et des particuliers apportant une restriction à la liberté individuelle.

Mais par la suite les buts poursuivis par ces groupes au moyen de pratiques restrictives étant apparus conformes à l'intérêt économique général, les Cours ont peu à peu changé leur conception de l'ordre public et aujourd'hui, elles reconnaissent valables ces pratiques restrictives. Elles ont ainsi sacrifié la liberté individuelle à l'intérêt économique général.

« Le petit nombre des décisions judiciaires rapportées semble montrer une nette tendance à substituer la reconnaissance des buts légitimes des cartels à la protection de la liberté économique individuelle » (94).

Deux espèces donnent un exemple très net de cette nouvelle position des Cours de Common Law : *English Hopgrowers Ltd v. Dering* (95), et *Thorne v. Motor Trade Association* (96).

(91) (1855), 6 El. and Bl. 47.

(92) [1918] 1 K.B. 418.

(93) [1919] A.C. 548.

(94) FRIEDMANN : *Law and Social Change*, 1951, p. 122 : « The small number of court decisions reported seems to show a definite movement from the protection of individual economic freedom to the recognition of the legitimate purposes of group control. »

(95) [1928] 1 K.B. 174, et en particulier le jugement de Lord Justice SCRUTTON, p. 180.

(96) [1937] A.C. 797.

Cette nouvelle position des Cours de Common Law, ce revirement jurisprudentiel en quelque sorte, nous révèle une évolution de la conception de l'intérêt public où l'élément moral, la protection de la liberté individuelle perd de son importance et est remplacé par l'élément économique, l'intérêt de la stabilité des prix. Il nous révèle aussi l'évolution de la public policy économique qui abandonne le libéralisme individualiste pour un libéralisme industriel.

Il nous prouve en tout cas qu'une public policy économique est appliquée par le juge anglais.

Un ordre public économique semble donc exister aussi au stade judiciaire, mais cet ordre public semble surtout admis implicitement. Les fonctions particulières du juge révèlent déjà le caractère particulier de l'intérêt public des matières commerciales. La façon dont le juge administre la justice dans l'intérêt du commerce montre ensuite que le juge reconnaît lui-même, en fait, cet intérêt public particulier. Parfois même le juge reconnaît enfin explicitement l'existence de cet intérêt économique et si, d'une façon générale, il semble se montrer réticent à lui faire produire officiellement des effets, il semble cependant que l'on puisse relever en Common Law l'application d'une public policy économique.

Les autorités publiques anglaises, législatives, administratives, judiciaires exercent donc un contrôle tout à fait particulier sur les activités commerciales, sur les activités économiques. Ceci nous montre que les activités commerciales ne sont pas de simples activités privées, mais qu'elles présentent un caractère d'intérêt public propre qui justifie une intervention particulière des autorités publiques contraire aux principes du droit privé. Le droit commercial anglais entendu dans le sens large du droit des activités économiques, semble donc se rattacher à la fois au droit public et au droit privé. Apparaissant comme un droit semi-public, il semble avoir donc aussi un des fondements d'un droit commercial autonome.

SECTION III

LA MORALE ET LE DROIT COMMERCIAL ANGLAIS

Ayant ainsi constaté que l'un des deux fondements sur lesquels les commercialistes font reposer l'autonomie du droit commercial, le fondement d'intérêt public, semble bien exister en droit anglais, il nous faut maintenant rechercher dans quelle mesure le fondement matérialiste est lui aussi reconnu.

Ce fondement matérialiste, dans la mesure où il existe et permet de distinguer le droit commercial du droit commun anglais, devrait apparaître à travers la notion de morale. Si en effet le fondement du droit commercial anglais est la recherche d'un but économique alors que celui du droit commun, du droit civil, est la défense des morale doit logiquement apparaître différente dans les deux disciplines idéaux et moraux de la personne humaine, la notion de plines (97).

Le droit commercial, dans la mesure où il vise un résultat économique, cherchera à assurer la rapidité et la sécurité plus que l'honnêteté des transactions. Il s'efforcera avant tout d'assurer le crédit et la solvabilité du débiteur et se souciera beaucoup moins de l'empêcher d'agir frauduleusement. Le droit civil, au contraire, ayant pour objet la personne de l'individu, cherchera à assurer l'honnêteté des transactions. Lui ne cherchera pas tant à garantir la solvabilité du débiteur qu'à se prémunir contre sa fraude et à assurer son honnêteté. Le fondement du droit civil amène ce droit à assurer le respect de la règle morale, celui du droit commercial, dans la mesure où il est matérialiste, y rend ce droit beaucoup plus indifférent. Ainsi, malgré l'affirmation de Pie XI que l'ordre économique ne peut se passer de morale (98), la morale jouera un rôle beaucoup moins important dans un droit commercial reposant sur un tel fondement matérialiste, qu'en droit civil.

Or, cette différence de rôle de la règle morale paraît bien exister en droit anglais ainsi que le montre clairement ce juge quand il déclare :

« L'objet des tribunaux (qui appliquent le droit commun) est d'empêcher la fraude, et toute personne qui essaye de suivre et de comprendre la Law Merchant, ira bientôt à sa perte, si elle commence par supposer que les commerçants conduisent leurs affaires en s'efforçant de se garantir contre les agissements frauduleux. C'est le contraire qui est vrai. La confiance, et non pas la méfiance, est la base des affaires commerciales, et le génie commercial consiste principalement à savoir en qui on peut avoir confiance » (99).

(97) Cf. RIPERT (G.): *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, Introduction, p. 3.

(98) Encyclique *Quadragesimo anno*, 15 mai 1931.

(99) BOWEN L. J. dans *Sanders v. Maclean* [1883] 1 Q.B.D. (C.A.) 327 at p. 343 : « The object of the Courts (appliquant le droit commun) is to prevent fraud and any one who attempts to follow and understand the Law Merchant will soon find himself lost if he begins by assuming that merchants conduct their business on the basis of attempting to insure themselves against fraudulent dealing. The contrary is the case. Credit not distrust is the basis of commercial dealings; and mercantile genius consists principally in knowing whom to trust. »

Cet aspect particulier de la morale en droit commercial anglais se manifeste de deux façons, d'une part par le rôle qu'elle joue, d'autre part par sa nature.

I. — Le rôle secondaire de la morale en droit commercial.

En droit anglais la réglementation commerciale semble être établie plus en considération de l'intérêt public que de la morale; l'intérêt public économique écarte parfois l'application de la règle morale.

L'interprétation de la condition du consentement du « principal » dans l'application de la règle du Factors Act en est un exemple. Nous savons (100) que, pour que les actes passés par un agent commercial sur les biens mis en sa possession par son principal, engagent celui-ci, la règle du Factors Act veut que l'agent ait été mis en possession des biens avec le consentement du principal. Nous avons vu que, la question s'étant posée de savoir ce qu'il fallait entendre par consentement du principal, les Cours de Common Law en ont finalement donné une définition très large et ont même admis que le consentement du principal obtenu par fraude était valable au sens du Factors Act.

Pourtant la réponse dictée par la règle morale était opposée : un consentement obtenu par fraude n'est pas un consentement. Telle est bien d'ailleurs la règle admise par la Common Law : en droit privé un mariage dont le consentement de l'un des époux a été obtenu par fraude est nul; en droit criminel, le fait de s'emparer de biens en obtenant le consentement du propriétaire par fraude est considéré comme un vol. Nous avons vu que, pendant longtemps, cette définition morale du consentement fut appliquée par les Cours de Common Law au Factors Act (101).

Mais bientôt les considérations d'intérêt public économique l'emportèrent sur les conditions morales. On s'efforça de montrer que le Factors Act avait un but économique, d'intérêt public, qu'il avait été établi pour favoriser le développement du commerce en renforçant le crédit par la protection des acheteurs de bonne foi qui devaient pouvoir se retourner à la fois contre l'agent et le principal. Ce but commercial d'intérêt public voulait donc que le principal soit engagé par les actes de son agent le plus souvent possible, il voulait donc que l'on entende la condition du consentement non pas dans le sens étroit que lui donnent les conceptions morales

(100) Cf. *supra*, p. 63.

(101) Cf. *Oppenheimer v. Frazer*, [1907] 2 K.B. 50.

de la Common Law, mais dans un sens large qui considérerait comme valable le consentement obtenu par fraude (102). Nous avons vu que c'est cette dernière conception qu'a adoptée récemment la Cour d'appel (103).

Ainsi l'intérêt public du but économique, commercial, recherché par le Factors Act, écarte l'application d'une règle morale fondamentale qui interdit à un acte frauduleux de produire des effets juridiques. Ici, dans cette matière commerciale, les raisons économiques sont estimées plus importantes que les raisons morales. Ce sont les raisons économiques qui dictent la règle juridique et non les raisons morales.

Un autre exemple de la régression de la règle morale dans les matières commerciales pourrait peut-être trouvé en matière de responsabilité délictuelle.

Alors que d'une façon générale, la mise en jeu de la responsabilité délictuelle est déterminée par la Common Law, conformément aux principes moraux, par la réalisation de deux conditions, une faute du responsable et un préjudice subi par la victime, il semble que dans certaines matières commerciales la responsabilité délictuelle repose sur des principes différents et soit engagée parfois en dehors de toute faute et de tout préjudice.

Ainsi dans le cas de la mise en jeu de l'action de « passing off » sur laquelle repose parfois en droit anglais la responsabilité délictuelle en matière de concurrence déloyale (unfair ou unlawful competition), la responsabilité d'une personne peut être engagée pour « unfair competition », même si elle a agi tout à fait de bonne foi et même si, en fait, son action n'a causé aucun dommage (104).

Certains auteurs expliquent que la mise en jeu de l'action de « passing off » en dehors de toute faute morale et de tout préjudice n'est pas exceptionnelle en droit anglais et qu'elle existe pour toutes les actions en responsabilité délictuelle basées sur l'atteinte à un droit de propriété (trespass and conversion). Or, disent-ils, l'action de passing off est une action en responsabilité délictuelle protégeant les droits de propriété commerciale (105).

Mais d'autres auteurs font remarquer que si l'action de passing off peut parfois être assimilée à une action en responsabilité délictuelle,

(102) *Folkes v. King* [1923] 1 K.B. 282.

(103) *Pearson v. Rose and Young Ltd* [1951] 1 K.B. 275, en particulier le jugement de DENNING L.J., p. 285; *Du Jardin v. Beadman Bros* [1952] 2 Q.B. 712; *Webster v. General Accident Fire and Life Insurance Corporation* [1953] 1 K.B. 520.

(104) Cf. WINFIELD (P.): *On Tort*, 6^e éd., 1954, p. 739, et les cas cités.

(105) Cf. SALMOND : *Law of Torts*, 11^e éd., p. 709; CLERCK and LINDSELL : *Torts*, 11^e éd., 1954, p. 2.

tuelle pour atteinte à un droit de propriété, comme dans le cas de concurrence déloyale portant sur des marques de fabrique, des Trade Marks, elle ne peut pas l'être dans tous les cas. Parfois, disent-ils, il est en effet difficile de soutenir que la concurrence déloyale porte atteinte à un droit de propriété (106). On peut se demander alors si l'action de passing off ne serait pas dans ces cas une action en responsabilité délictuelle *sui generis* propre au droit commercial, où la responsabilité délictuelle reposerait sur des fondements particuliers plus économiques que moraux, et serait déterminée par des règles particulières (107).

II. — La morale utilitaire du droit commercial anglais.

La morale non seulement tient une place moins importante en matière civile que commerciale mais sa nature elle-même est différente. En droit civil la morale sera recherchée pour elle-même, comme une fin parce qu'elle se confond avec l'objet même du droit civil conduisant au « perfectionnement interne individuel » (108), parce qu'elle assure le respect de la dignité de la personne humaine. En matière commerciale, au contraire, on appliquera la morale comme un moyen d'atteindre l'objet économique du droit commercial : la prospérité économique que recherche le droit commercial veut la sécurité du crédit et des relations économiques; il faut donc assurer la défense des intérêts des tiers et des créanciers et le meilleur moyen d'y parvenir est de contraindre à l'honnêteté.

En droit commercial la morale sera donc recherchée comme un moyen et non comme une fin, ce sera une morale utilitaire; dès qu'elle apparaîtra contraire aux intérêts du commerce, la règle morale ne sera plus respectée.

Le droit de la Company Law anglaise nous fournit des exemples de cet aspect utilitaire de la morale appliquée aux matières commerciales. La Company Law apparaît d'une façon générale comme un droit très soucieux de moralité. On a même été jusqu'à dire que l'administration des sociétés anglaises est une sorte de « maison de verre » (109). L'organisation et l'administration de la

(106) Cf. WINFIELD : *op. cit.*, pp. 740 et 741.

(107) Cf. MERMILOD (R.) : *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux U.S.A.*, thèse Paris, 1954, pp. 177 et suiv.; BOURDEL (Alain) : *L'inscription des marques de fabrique en droit anglais*, thèse Paris, 1950; GIVERDON : « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce » *Rev. trim. dr. com.*, 1953-855.

(108) RIPERT (G.) : *La règle morale dans les obligations*, p. 10.

(109) ESCARRA (J.) : *Cours de droit commercial comparé*, 1951-1952.

Company est rendue publique; les actionnaires et les différentes minorités ont des pouvoirs de contrôle très étendus; le contrôle de la gestion des administrateurs est très strict et leur responsabilité peut être engagée très sévèrement. Le droit de la Company cherche à empêcher la fraude et la dissimulation.

Pourtant ce souci de moralité, tel qu'il apparaît à travers tout le droit des Companies, donne l'impression que la morale y est appliquée accidentellement, simplement parce qu'elle se trouve être le moyen de réglementation le meilleur pour rendre le fonctionnement des Companies efficace.

La fameuse règle du « Turquand's case » nous en fournit un exemple. La morale interdit que l'on puisse engager sans autorisation la responsabilité d'autrui; le droit anglais de l'agency applique cette règle quand il établit qu'un principal n'est pas lié par les actes passés par son agent sans son autorisation lorsqu'il a pris soin de faire connaître aux tiers par les voies normales de publicité qu'il n'investissait pas son agent d'un pouvoir général de représentation mais que son autorisation expresse était nécessaire.

Cette règle morale souffre pourtant une exception dans le domaine de la Company Law. Ainsi dans l'espèce *Royal British Bank v. Turquand* (110), il a été admis qu'un directeur dont les pouvoirs étaient limités et cette limitation rendue publique par l'acte de société pouvait cependant engager la société par ses actes passés sans l'autorisation exigée de l'assemblée générale. Comme l'explique un auteur anglais (111), la règle du « Turquand's case » a de toute évidence été établie pour satisfaire les exigences du commerce qui voulait que les parties n'aient pas à examiner chaque fois en détail si leur contractant a le pouvoir certain de passer tel ou tel acte.

« Cette règle fut manifestement établie pour faciliter les affaires, car les affaires n'auraient pas pu être menées à bien si toute personne en rapport avec une société avait eu à examiner méticuleusement son organisation interne, de façon à être sûre que les personnages avec qui elle traite étaient bien investis d'une autorité réelle » (112).

Cette règle du « Turquand's case », néanmoins, a souffert un nombre croissant de limitations, mais il est intéressant de noter

(110) (1856) 6 El and Bl 327.

(111) GOWER (L.): *Company Law*, 1954, p. 156.

(112) *Ibid.*, p. 156 : « This rule was manifestly based on business convenience for business would not be carried on if everybody who had dealings with a company had meticulously to examine its internal machinery in order to ensure that the officials with whom he dealt had actual authority. »

l'opposition qu'ont rencontrée ces limitations de la part des juges particulièrement versés dans les questions commerciales (113), ce qui prouve bien que les juristes anglais reconnaissent que les exigences du commerce ne s'accommodent pas des règles classiques fondées sur la morale.

La règle morale n'est appliquée que lorsqu'elle est conforme aux intérêts du commerce, il s'agit donc bien d'une morale utilitaire.

La morale paraît donc occuper une place moins importante en droit anglais dans les matières commerciales que dans les autres matières : le droit commercial anglais ne repose pas sur des fondements moraux au même titre que le droit commun. La nature même de la morale paraît différente dans les matières commerciales où la notion de morale apparaît comme une notion utilitaire.

L'aspect particulier que revêt la règle morale dans les matières commerciales nous révèle ainsi l'existence en droit anglais d'un fondement propre au droit commercial, du fondement matérialiste.

*
**

Nous voyons ainsi que, malgré son unification théorique à la Common Law, le droit appliqué aux matières commerciales en Angleterre a gardé ses sources propres, les coutumes commerciales, et repose sur des fondements particuliers, matérialistes et d'intérêt public, inconnus du droit commun. Or, une discipline juridique se caractérisant comme nous l'avons vu (114), par ses fondements propres et ses sources propres, le droit commercial anglais apparaît ainsi comme une discipline autonome se distinguant du droit commun, de la Common Law. L'unification de la Law Merchant et de la Common Law apparaît donc comme plus formelle que réelle; il semble que l'esprit et le caractère propre de la vieille Law Merchant se distingue encore maintenant à l'intérieur de la Common Law, il semble bien qu'une certaine distinction de fond (115) entre « droit civil » et commercial subsiste encore à l'intérieur du droit anglais. Les sources et les fondements particuliers de la Law Merchant d'autrefois, droit des commerçants, se retrouvent aujourd'hui dans le droit appliqué aux activités économiques.

(113) Cf. WRIGHT J. dans *Kreditbank Cassel v. Schenkers* [1926] 2 K.B. 450; *Houghton and Co. v. Nothard Lowe and Wells* [1927] 1 K.B. 246; SCRUTTON L.J. dans *B.T.H. v. Federated European Bank* [1930] 2 K.B. 176 (C.A.).

(114) Cf. *supra*, p. 14.

(115) Cf. *supra*, p. 14.

La survivance d'une distinction de fond n'est d'ailleurs pas étonnante puisque nous savons que ce ne sont pas des raisons logiques qui ont conduit à l'absorption de la Law Merchant par la Common Law, mais simplement la rivalité de deux juridictions (116).

(116) Cf. *supra*, p. 30.

DEUXIEME PARTIE

LES LIMITES DE L'UNIFICATION TECHNIQUE

L'histoire de la Law Merchant nous a montré que l'absorption de la Law Merchant par la Common Law avait pour objet essentiel de réaliser une unification technique (1). D'une part, les Cours de Common Law, jalouses de la compétence des juridictions commerciales, avaient simplement voulu établir l'unité de juridiction à leur profit, d'autre part au XVIII^e siècle, Lord Mansfield s'était efforcé d'unifier le droit appliqué par les Cours de Common Law en supprimant la distinction entre commerçants et non-commerçants, et en soumettant toutes les personnes et toutes les affaires aux mêmes règles.

C'est pourquoi, s'il n'est pas étonnant que l'unification réalisée au XVIII^e siècle ne soit pas complète mais qu'elle ait laissé subsister une distinction de fond entre droit « civil » et commercial, du moins paraît-il vraisemblable que l'unification technique des deux droits, celle de leurs règles, véritable enjeu de la lutte des Cours de Common Law et des juridictions commerciales, elle, ait été réalisée complètement.

Nous allons voir pourtant que cette unification technique elle-même n'est que relative, que d'une part, dans une certaine mesure, les commerçants et les matières commerciales bénéficient encore de règles spéciales, que d'autre part, l'unité de juridiction ne semble qu'incomplètement réalisée, qu'il existe encore des juridictions et une justice commerciale.

(1) Cf. Partie historique, p. 30.

CHAPITRE PREMIER

LES EXCEPTIONS COMMERCIALES AU DROIT CLASSIQUE DU TRANSFERT DE LA PROPRIETE MOBILIERE

Le droit anglais semble connaître un droit de la propriété mobilière spécial en matière commerciale.

Lorsqu'une personne dispose d'un bien, d'une chose mobilière, qui ne lui appartient pas et que la propriété de ce bien est revendiquée à la fois par le propriétaire d'origine et par le tiers acquéreur, la logique juridique veut que le bien retourne au propriétaire d'origine dont le droit de propriété n'a jamais cessé d'exister. D'autre part, l'opération effectuée par l'aliénateur est sans aucune valeur juridique en vertu du principe du droit naturel et de morale qu'on ne peut disposer du bien d'autrui.

Les intérêts du commerce, au contraire, militent en faveur du tiers acquéreur. Pour que les choses se vendent, pour que les affaires marchent, il faut que la sécurité des acheteurs soit assurée, que ceux-ci ne soient pas en permanence sous la menace de se voir frustrer de leur acquisition.

Le droit anglais pose comme principe que l'on ne peut transférer de titre meilleur que celui que l'on possède. Le propriétaire dépossédé garde donc son droit de propriété. « La règle générale

du droit », déclare Willis J. (1) est sans aucun doute, que personne ne peut transférer de meilleur titre que celui qu'il possède. *Nemo dat quod non habet* ». Le droit anglais admet donc le principe romain : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Le principe existait depuis déjà longtemps en Common Law : « D'après la Common Law, une personne ayant la possession de marchandises ne pouvait conférer à une autre, par vente ou par gage, de titre meilleur que celui qu'elle avait » (2).

Ce principe posé par la Common Law a été confirmé à maintes reprises par le législateur, d'abord dans les Factors Act de 1823 (3), 1825 (4), 1842 (5), 1877 (6), 1889 (7), mais surtout par la Sale of Goods Act de 1893 (8) qui déclare dans sa section 21 :

« D'après les dispositions de cet acte, lorsque des marchandises sont vendues par une personne qui n'en est pas propriétaire et qui ne les vend pas avec l'ordre du propriétaire ou avec son consentement, l'acheteur n'acquiert pas de meilleur titre que celui dont jouissait le vendeur, à moins que le propriétaire, par son comportement, ne se soit abstenu de démentir que le vendeur fut autorisé à vendre. »

Le principe établi par la Common Law et confirmé par le législateur est donc extrêmement net : on ne peut disposer du bien d'autrui; l'acquéreur d'un bien vendu sans le consentement du propriétaire n'acquiert pas de titre valable; le propriétaire garde son droit de propriété.

(1) *Whistler v. Forster* (1863) 14 C.B. (N.S.) 248 at p. 257 : « The general rule of law is undoubted that no one can transfer a better title than he himself possesses. »

(2) BLACKBURN J. dans *Cole v. North Western Bank* (1875) L.R. 10 C.P. 354 at p. 362 : « At Common Law a person in possession of goods could not confer on another either by sale or by pledge any better title to the goods than he himself had... »

(3) 4 Geo. 4, c. 83.

(4) 6 Geo. 4, c. 40.

(5) 5 and 6 Vict., c. 39.

(6) 40 and 41 Vict., c. 39.

(7) 52 and 53 Vict., c. 45.

(8) 56 and 57 Vict., c. 71 (a) : « Subject to the provision of this Act, where goods are sold by a person who is not the owner thereof, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell. »

Mais ce principe, s'il est respectueux de la justice, est en opposition avec les nécessités du commerce comme le montre fort clairement Lord Ellenborough C. J. dans *Pickering v. Busk* (9) :

« Les étrangers peuvent seulement examiner les actes des parties ainsi que les indices extérieurs de propriété, et non les rapports privés qui peuvent exister entre un mandant et son mandataire : si une personne autorise une autre à s'attribuer le droit apparent de disposer de la propriété dans l'exercice ordinaire de son commerce, il faut présumer que l'autorité apparente s'identifie à l'autorité réelle, théorie dont il convient de vérifier le bien-fondé après coup par l'expérience. Il est clair que le mandataire peut engager son mandant dans une affaire dans la mesure où son mandant l'a investi en apparence d'une autorité dans l'affaire en question; *s'il ne le pouvait pas il n'y aurait pas de sécurité dans les transactions commerciales* » (10).

Aussi ce principe a-t-il été accompagné dès le début d'exceptions qui, sous la pression des exigences commerciales, n'ont cessé de se multiplier.

« Ils partirent du principe que personne ne peut transférer meilleur titre que celui qu'il a : *nemo dat quod non habet*. A ce principe général, ils admirent un certain nombre d'exceptions pour la seule commodité du commerce » (11 et 12).

(9) (1812) 15 East 37 : « Strangers can only look to the acts of the parties and to the external indicia of property, and not to the private communication which may pass between a principal and his broker : and if a person authorises another to assume the apparent right of disposing of property in the ordinary course of trade, it must be presumed that the apparent authority is the real authority. I cannot subscribe to the doctrine, that broker's engagements are necessarily and in all cases limited to his actual authority, the reality of which is afterwards to be tried by the fact. It is clear that he may bind his principal within the limits of the authority with which he has been apparently clothed by the principal in respect to the subject matter; and there would be no safety in mercantile transactions if he could not. »

(10) Souligné par nous.

(11) Souligné par nous.

(12) Par DEVLIN J. in *Eastern Distribution Ltd v. Goldring* (Murphy Third Party) [1957] 3 W.L.R. 239 at p. 242 : « They began with the principle that no one could pass a better title than which he had : *nemo dat quod non habet*. To this general principle they admitted a number of exceptions, simply on the ground of mercantile convenience. »

I. — Les exceptions introduites pour raison commerciale,
mais non limitées aux commerçants.

Il existe d'abord une série d'exceptions qui ont été introduites pour des raisons commerciales, mais qui ne concernent pas exclusivement les commerçants (13).

1. — L'EXCEPTION DES « NEGOTIABLE INSTRUMENTS ».

Les nécessités du commerce ont très vite introduit une série d'exceptions commerciales au principe de la Common Law, celle des « Negotiable Instruments ».

Le bénéficiaire d'un effet de commerce, comme tout bénéficiaire d'une obligation contractuelle, aurait dû, d'après les règles de la Common Law, avoir son droit limité par les exceptions opposables au tireur, notamment par la validité du titre du tireur et de tous les bénéficiaires successifs, et la circulation des effets négociables en aurait été considérablement gênée. Aussi la Law Merchant a-t-elle introduit en cette matière une réglementation tout à fait spéciale (14).

1° Le propriétaire du titre est le bénéficiaire du contrat alors que, normalement, l'instrument ne prouve que l'existence du contrat.

2° La preuve de la propriété de l'écrit est facilitée dans certains cas par une formalité, l'endossement, qui permet de connaître tous les transferts successifs.

3° Dans certains cas, enfin, le possesseur de bonne foi de l'instrument est présumé être le vrai propriétaire : par exemple, en cas d'effets transférables par la délivrance du titre, comme les promissory notes et les bills of exchange.

« Les lettres de change et les billets à ordre, qu'ils soient payables à une personne désignée ou au porteur, sont d'après le droit

(13) Ces exceptions ne concernant pas exclusivement les commerçants, ne sont évidemment pas des exceptions commerciales au sens étroit du mot (par application du critère subjectif). Mais elles le sont par application du critère objectif, dans la mesure où elles portent sur des matières commerciales; or les opérations qu'elles concernent sont tellement essentielles à la vie du commerce et ont tellement été marquées par l'empreinte commerciale qu'elles peuvent être considérées comme commerciales par leur origine et par leur nature.

Ces exceptions sont d'ailleurs commerciales à un autre titre, par leur réglementation qui, introduite essentiellement pour des raisons commerciales et établie en fonction des intérêts du commerce, est une réglementation commerciale.

(14) Cf. POLLOCK (F.): *On Contract*, 13^e éd., p. 182 : « La parfaite solution du problème, que le droit ordinaire des contrats se montre incapable de donner, est fournie par le droit commercial. »

commercial négociables aux deux sens du mot. La personne qui, par un endossement régulier ou, s'il est payable au porteur, par tradition devient détenteur du titre, peut se prévaloir elle-même du contrat, et si elle en obtient de bonne foi le paiement, ce paiement est valable quel que soit le défaut du titre de la personne qui le lui a transmis (qu'il soit l'endosseur ou un porteur) » (15).

Avec cette réglementation particulière, les besoins du commerce seront satisfaits, les deux inconvénients de la réglementation du contrat de Common Law seront évités (16) :

— les exceptions opposables directement au tireur ne le seront pas au porteur;

— le porteur n'aura pas à prouver la validité de son titre ni celui des cessionnaires successifs. Ainsi l'effet de commerce sera un titre sûr, il circulera facilement, sa négociabilité sera assurée.

L'exception des « Negotiable Instruments » à la règle de Common Law du transfert de la propriété mobilière est d'autant plus importante que sous la pression des exigences du commerce, la catégorie des effets négociables s'est beaucoup développée. Les tribunaux ont reconnu successivement comme « Negotiable Instruments » : les billets émis par la Banque d'Angleterre (*Miller v. Race*) (17), les bons du Trésor (*Exchequer Bills*) en 1820, les obligations du Gouvernement prussien en 1821, les certificats provisoires d'actions ou d'obligations de gouvernements étrangers (*Goodwin v. Roberts*) (18).

Les statuts et les lois n'ont reconnu d'abord comme effet négociable que la promissory note (19) et le chèque (loi de 1756). Mais le Bill of Exchange Act de 1882 (20) a reconnu la négociabilité de tous les effets de commerce, lettres de change, billets à ordre, chèques, bons du Trésor, obligations, mandats, coupons de dividende, etc.; la propriété de ces effets est désormais transmise, quels que soient les vices du titre du cédant, à tout acquéreur de bonne foi ayant fourni une contre-valeur.

(15) *Crouch v. Crédit Foncier* (1873) L.R. 8 Q.B. at 384-785, par BLACKBURN J. : « Bills of exchange and promissory notes whether payable to order or to bearer, are by the law merchant, negotiable in both senses of the word. The person who, by a genuine endorsement, or, where it is payable to bearer, by a delivery becomes holder may sue in his own name on the contract, and if he is a bona fide holder for value he has a good title notwithstanding any defect of title in the party (whether endorser or deliverer) from he took it. »

(16) Cf. POLLOCK (F.) : *On Contracts*, 13^e éd., p. 182.

(17) (1758) 1 Burr. 452.

(18) [1876] L.R. 1 App. Cas. 476 et 494-95.

(19) 3 and 4 Anne (1704) c. 8, et 7 Anne (1708) c. 25.

(20) 1882 (45-46 Vict., c. 61).

Depuis le Bill of Exchange Act de 1882, les Cours de Common Law ont continué à développer la catégorie des Negotiable Instruments. Ainsi, en 1898, la Queen's Bench Division a déclaré que les obligations au porteur (bearer debentures) d'une société anglaise par actions devaient être considérées comme instruments négociables du moment que l'usage les considérait comme tels (21). Le pas le plus important a été franchi par la King's Bench Division en 1902, dans l'espèce *Edelstein v. Schuler* (22) où il a été admis que la qualité légale de négociabilité d'un bon au porteur n'avait plus à être prouvée. Le droit anglais reconnaît désormais tout bon au porteur, *ipso facto*, comme un instrument négociable; il suffit simplement de prouver que la coutume reconnaît le titre en question comme négociable, c'est une simple preuve de fait.

« A mon avis, le temps n'est plus où le caractère négociable des bons au porteur, qu'ils soient bons d'Etat ou du commerce, bons étrangers ou anglais, peut être mis en doute devant nos Cours. L'existence de la coutume a été si souvent prouvée et son utilité est si évidente qu'on doit la considérer maintenant comme faisant partie du droit; l'expression même de "bon au porteur" implique l'idée de négociabilité, si bien que dès que de tels bons sont émis, ils entrent dans la catégorie des titres négociables » (23).

Les Cours de Common Law ont même reconnu comme « Negotiable Instrument » un titre étranger qui ne remplissait pas toutes les conditions du « Negotiable Instrument » anglais, mais qui était considéré comme tel dans le pays étranger, où il avait été émis (24).

En raison de son domaine d'application très étendu, le cas des « Negotiable Instruments » est donc une exception commerciale très importante à la règle de la Common Law du transfert de la propriété mobilière.

(21) *Bechuanaland Exploration Co. v. London Trading Bank* [1898] 2 Q.B. 658.

(22) [1902] 2 K.B. 144.

(23) BIGHAM J. dans *Edelstein v. Schuler* [1902] 2. K.B. 144 : « In my opinion the time has passed when the negotiability of bearer bonds, whether Government bonds or trading bonds, foreign or English, can be called in question in our Courts. The existence of the usage has been so often proved and its convenience is so obvious that it must be taken now to be part of the law; the very expression "bearer bond" connotes the idea of negotiability, so that the moment such bonds are issued to the public they rank themselves among the class of negotiable securities. »

(24) *Crouch v. Crédit Foncier* (1873) L.R. 8 Q.B. at 384-85; *Goodwin v. Roberts* [1876] 1 App. Cas., pp. 494-95.

2. — L'EXCEPTION DU SALE OF GOODS ACT.

Le Sale of Goods Act de 1893 dispose que celui qui achète, de bonne foi une marchandise à une personne qui l'a déjà vendue mais en a gardé la possession, ayant gardé ainsi l'apparence du propriétaire, acquiert un titre valable.

« Lorsqu'une personne, ayant vendu des marchandises entre ou reste en possession de ces marchandises... la délivrance ou le transfert par cette personne... de ces marchandises... à toute personne qui les reçoit de bonne foi et sans avoir connaissance de la vente antérieure, aura le même effet que si la personne qui effectue la délivrance ou le transfert, avait été expressément autorisée à le faire par le propriétaire des marchandises » (25).

La règle du Sale of Goods Act est d'application générale et n'est pas limitée aux ventes entre commerçants, mais le fait qu'elle ait été établie pour des raisons commerciales (26) doit la faire regarder comme une exception commerciale.

Même si les règles particulières des Negotiable Instruments et du Sale of Goods Act (section 25) sont d'application générale et non limitées aux commerçants, le fait qu'elles concernent des matières commerciales et qu'elles aient été établies, maintenues et développées pour des raisons commerciales nous montre que l'unification technique de la Law Merchant et de la Common Law n'est pas totale et que les fondements particuliers du droit commercial nécessitent encore des règles spéciales, totalement différentes des règles du droit ordinaire.

II. — Les exceptions ne concernant que les commerçants.

Les exceptions au principe de la Common Law, *nemo dat quod non habet*, qui concernent exclusivement les commerçants, mettent encore mieux en valeur la relativité de l'unité prétendue de la Common Law.

1. — LE « MARKET OVERT ».

Déjà la Common Law avait dû apporter deux exceptions au principe qu'elle avait posé : le cas où le vendeur a un titre annu-

(25) Section 25 : « Where a person, having sold goods, continues or is in possession of the goods... the delivery or transfer by that person... of the goods... to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, shall have the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same. »

(26) Cf. DEVLIN J. dans *Eastern Distributors Ltd v. Goldring (Murphy Third Party)* [1957] 3 W.L.R. 239 at p. 242.

lable pour fraude mais pas encore annulé au moment de la vente, ce qui est une exception logique, et le cas de la vente en « market overt ».

La raison de l'exception de « market overt » est, cela est évident, une raison commerciale : elle est en effet une condition indispensable de la vie du commerce des marchés. Elle établit une règle qui s'applique uniquement aux commerçants et qui est absolument contraire au principe de la Common Law. Elle déclare, en effet, que l'acheteur de bonne foi qui achète un objet dans un marché de plein air acquiert un titre valable et devient propriétaire.

La Common Law avait admis l'exception du « market overt » depuis déjà très longtemps (27). Le Sale of Goods Act, 1893, la reconnaît, lui aussi, explicitement. La section 22, 2, stipule en effet : « Lorsque des marchandises sont vendues en marché public suivant les usages du marché, l'acheteur acquiert un titre valable pourvu qu'il les achète de bonne foi et sans avoir connaissance des défauts ou des vices du titre du vendeur » (28).

La définition du « market overt » est très large; tout commerçant qui dispose d'un magasin, d'une boutique ou d'un étalage, vend en « market overt » d'après la coutume de Londres (29). De nombreux commerçants bénéficient ainsi de la règle du « market overt » qui doit être considérée comme une exception commerciale importante à la règle de la Common Law (30).

2. — LE FACTORS ACT.

La règle du Factors Act est, elle aussi, une règle commerciale parce qu'elle concerne exclusivement les commerçants, les agents commerciaux. Cette règle est le résultat d'une longue lutte entre les principes de la Common Law et les commerçants. Ceux-ci faisaient valoir, en effet, que l'intérêt du commerce veut qu'une personne ayant la possession de marchandises ou des documents qui les représentent (documents of title) puisse être regardée par les tiers de bonne foi comme le propriétaire de ces marchandises; l'intérêt du commerce veut qu'une personne qui achète un bien à

(27) The case of Market overt (1596) 5 G. Rep. 83 b.

(28) « Where goods are sold in market overt according to the usage of the market, the buyer acquires a good title thereto, provided he buys them in good faith and without notice of any defect or want of title on the part of the seller. »

(29) Cf. CHITTY : *Mercantile Contract*, 1955, p. 204.

(30) Il convient de remarquer toutefois que l'exception de Market Overt ne joue pas en cas de marchandises volées; dans ce cas, en effet, le tiers acquéreur, même de bonne foi, n'acquiert pas de titre valable; le propriétaire d'origine garde son titre de propriété. C'est alors le principe général qui retrouve son application. Cf. Sale of Goods Act, 1893, Section 24 (1).

un agent commercial ne risque pas d'être évincée par le droit de revendication du principal. Mais cette théorie se heurtait aux principes de la Common Law : l'agent commercial est un simple dépositaire et en Common Law l'acquéreur de bonne foi n'est pas protégé si l'aliénateur détenait la chose en qualité de dépositaire.

Aussi, dès le début du XIX^e siècle, les commerçants avaient-ils cherché à obtenir du législateur une règle dérogatoire à la Common Law pour le cas du mercantile agent. Déjà en 1823, une commission avait été nommée pour « faire une enquête sur l'état du droit relatif aux marchandises confiées au commerçants, agents représentants (commissionnaires), et les effets de la loi sur les intérêts du commerce » (31). Un premier Factors Act fut promulgué en 1823 (32), un second en 1825 (33), un autre en 1842 (34), puis en 1877 (35), et, enfin, celui qui est en vigueur actuellement en 1889 (36).

La règle du Factors Act, dérogatoire au principe de la Common Law, établit que tout acte de disposition passé par l'agent commercial, dans l'exercice de son commerce, sur les marchandises ou les titres qui les représentent, mis par son principal en sa possession, seront valides au même titre que s'ils avaient été passés par le principal lui-même, pourvu que l'acquéreur soit de bonne foi.

« Lorsqu'un *agent commercial* (37) est, avec le consentement du propriétaire, en possession des marchandises ou de leurs titres de propriété, toute vente, toute mise en gage ou tout autre acte de disposition des marchandises fait dans l'exercice ordinaire de ses fonctions d'agent commercial, sera, sous réserve des dispositions de l'acte, aussi valable que si l'agent avait été expressément autorisé par le propriétaire à le faire; il faut toutefois que la personne bénéficiant de la disposition soit de bonne foi et n'ait pas eu connaissance au moment de la disposition que le disposant n'avait pas les pouvoirs nécessaires » (38).

(31) Cf. HOLDSWORTH : *History of English Law*, XIII, p. 376.

(32) 4 Geo. 4, c. 83.

(33) 6 Geo. 4, c. 44.

(34) 5 and 6 Vict., c. 39.

(35) 40 and 41 Vict., c. 39.

(36) 52 and 53 Vict., c. 45.

(37) Souligné par nous.

(39) Factors Act 1889, Section 2 (1): « Where a mercantile agent is, with the consent of the owner, in possession of goods or of the documents of title to goods, any sale, pledge, or other disposition of the goods made by him when acting in the ordinary course of business of a mercantile agent, shall, subject to the provision of the Act, be as valid as if he were expressly authorised by the owner of the goods to make the same; provided that the person taking under the disposition acts in good faith, and has not at the time of the disposition notice that the person making the disposition has no authority to make the same. »

La règle est donc en opposition directe avec le principe de la Common Law, et c'est une règle commerciale à un double titre :

1° Ce sont, comme nous l'avons vu, des raisons et des revendications commerciales qui ont amené sa création;

2° Son domaine d'application est limité à une personne commerciale, le mercantile agent.

Le bénéficiaire de la règle, le mercantile agent, est un commerçant dans l'interprétation stricte du terme, c'est un commerçant professionnel.

La définition du mercantile agent par le Factors Act fait bien apparaître l'idée de profession : « L'expression "agent commercial" signifie un agent commercial ayant dans l'exercice ordinaire de son métier d'agent le pouvoir de vendre des marchandises, de consigner des marchandises pour les vendre, d'acheter des marchandises ou d'emprunter de l'argent en donnant en gage d'autres marchandises. » (39).

Les Cours de Common Law ont limité, elles aussi, à l'agent commercial, au sens strict du terme, l'application du Factors Act. Elles déclarent que :

- 1° L'agent du Factors Act est un commerçant professionnel :
- il doit être un commerçant et doit avoir le pouvoir de vendre, d'acheter, de faire des actes de commerce; un simple employé (clerk) n'est pas un mercantile agent (40);
 - il doit être un commerçant professionnel : une personne qui a été chargée une seule fois de la vente d'une voiture n'est pas un mercantile agent (41);

2° Seuls les actes qu'il accomplit dans l'exercice de son commerce normal seront soumis au Factors Act (42).

Une partie de la doctrine anglaise déplore d'ailleurs que la règle établie par le Factors Act soit limitée à l'agent commercial et elle prétend déceler dans certains jugements une tendance des Common Law Courts à vouloir étendre la règle du Factors Act aux non-commerçants (43).

(39) « The expression "mercantile agent" shall mean a mercantile agent having in the customary course of his business as such agent authority either to sell goods or to consign goods for the purpose of sale or to buy goods, or to raise money on the security of goods. »

(40) Cf. *Lamb v. Attenborough* (1862) 1 B. and S. 831.

(41) Cf. *Heap v. Motorists' Advisory Agency* [1923] 1 K.B. 577.

(42) Cf. *Turner v. Sampson* (1911) 27 T.L.R. 200; *Pearson v. Rose and Young* [1951] 1 K.B. 275.

(43) CHORLEY (R.S.T.) : « The conflict of Law and Commerce », 48 L.Q.R., 1932, p. 69 : « More recently, however, the current seems to have set the other way and *Heyman v. Flewker* [(1863) 32 L.J.C.P. 132] was followed in *Lowther v. Harris* ([1927] 1 K.B. 393) where *Wright J.* points out that the Act was passed to protect innocent purchasers for value. »

Cette tendance, cependant, ne paraît pas avoir été suivie par les jugements postérieurs.

Mais si la règle du Factors Act ne joue que pour les commerçants, du moins joue-t-elle très largement pour eux. Il semble, en effet, que la tendance du droit anglais soit de faciliter les conditions d'application de la règle du Factors Act pour en faire bénéficier le plus souvent possible le mercantile agent. L'interprétation de la condition du consentement de l'agent en est un exemple éloquent :

Nous savons qu'une des conditions posées par le Factors Act à la validité des actes de disposition du « mercantile agent » est que l'agent ait été en possession des biens dont il a disposés, avec le consentement du propriétaire, son « principal ». Or, nous avons vu que cette condition du consentement, après de longues hésitations, a finalement reçu par les Cours de Common Law une interprétation très large, et que même un consentement obtenu par fraude, par un « larceny by a trick », est considéré valable au sens du Factors Act (44).

Ceci nous prouve la tendance du droit anglais à faciliter l'application du Factors Act et donc sa tendance à sacrifier les principes de la Common Law aux intérêts du commerce. Ce faisant, elle accroît l'importance de l'exception qu'est le Factors Act au principe de la Common Law. S'agissant d'une exception essentiellement commerciale, elle accuse ainsi la divergence entre les règles commerciales et les règles de la Common Law; elle affirme ainsi l'existence d'un droit commercial autonome.

*
**

Nous voyons donc que le droit de transfert de la propriété mobilière n'est pas uniforme en droit anglais. Le principe posé par la Common Law est que personne ne peut donner plus qu'il n'a, qu'on ne peut disposer de la chose d'autrui. La Common Law assure la protection du droit de propriété. Mais les nécessités du commerce ont apporté de nombreuses exceptions à ce principe. En matière commerciale, c'est la possession qui vaut titre, le droit commercial néglige le droit de propriété, il assure la protection du possesseur de bonne foi.

(44) Cf. *supra*, pp. 63 et 99. Cf. aussi *Pearson v. Rose and Young Ltd* [1951] 1 K.B. 275 et le jugement de DENNING L.J., p. 285 : « In my opinion, therefore, the fact that the agent is guilty of larceny by a trick does not prevent the operation of the Factors Act 1889. » Du *Jardin v. Beadman Bros* [1952] 2 Q.B. 712 et le raisonnement du juge SELLERS, pp. 714 et suiv.; *Webster v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation* [1953] 1 K.B. 520.

C'est ce qu'affirme clairement Lord Justice Denning, dans un jugement récent (45) :

« Aux premiers temps de la Common Law le principe directeur de notre droit de propriété était que personne ne pouvait transférer de titre meilleur que celui qu'il détenait. Mais les besoins du commerce ont conduit à une modification progressive de ce principe de façon à protéger les acquéreurs de bonne foi. Nous avons eu tout récemment à juger dans ce tribunal des affaires concernant des ventes en marché public et des ventes faites par des officiers publics; aujourd'hui, nous avons à juger l'affaire présente qui concerne les ventes faites par un agent commercial. »

Il est curieux de remarquer qu'en cette matière du droit de propriété le droit anglais établit une distinction commerciale que le droit français, lui, ne connaît pas.

En droit anglais l'exception en fait de meubles possession vaut titre a été établie pour des raisons commerciales et son application est, en général, limitée aux seuls commerçants. Le droit français, lui, n'établit pas de discrimination entre commerçants et non-commerçants. La règle : en fait de meubles possession vaut titre, s'applique à tous.

(45) *Pearson v. Rose and Young* [1951] 1 K.B. 275 à p. 286 : « In the early days of the Common Law the governing principle of our law of property was that no person could give better title than he himself had. But the needs of commerce have led to a progressive modification of this principle so as to protect innocent purchasers. We have had cases in this court quite recently about sales in market overt and sales by a sheriff; and now we have the present case about sales by a mercantile agent. »

CHAPITRE II

LES CARACTERES PARTICULIERS DU CONTRAT COMMERCIAL

L'étude du contrat fait également apparaître la relativité du principe de l'unité technique du droit anglais. Les contrats commerciaux présentent en effet des caractéristiques et semblent être soumis à des règles inconnues des contrats ordinaires.

Cette différence contractuelle paraît d'ailleurs découler logiquement de la différence des fondements que nous avons relevée entre le droit ordinaire et le droit commercial anglais.

Etant donné son fondement matérialiste d'une part, le droit commercial, droit de l'économie, aura normalement un aspect contractuel particulier. Il envisagera le contrat plus comme un moyen économique que comme un moyen d'expression de la volonté des individus. Sa réglementation cherchera à assurer avant tout l'efficacité du contrat et non pas tant le respect de la volonté des parties. La technique ordinaire des contrats ne sera pas faite pour les opérations commerciales, elle devra être largement adaptée et complétée. La conclusion des opérations commerciales, leur exécution, leur preuve devront logiquement obéir à des règles qui présenteront un caractère original par rapport aux règles ordinaires du droit civil. D'autre part, étant donné le fondement d'intérêt public du droit commercial, l'aspect purement consensualiste du contrat de droit commun devrait s'estomper en matière commerciale avec l'intervention de l'Etat.

Or nous allons voir que le contrat commercial anglais semble bien se différencier ainsi du contrat ordinaire.

LE CARACTÈRE SUBJECTIF DU CONTRAT CLASSIQUE ANGLAIS

La personnalité semble être la caractéristique générale du contrat anglais qui établit un lien essentiellement personnel entre les parties, un lien subjectif et non un lien objectif. C'est la volonté personnelle de deux parties bien déterminées qui crée librement le contrat et ce contrat n'aura d'effets qu'entre les parties.

Cet aspect personnel du contrat anglais apparaît dans les conditions de formation du contrat avec la règle de la « consideration » qui veut, en résumé, que chaque partie en échange de son obligation reçoive personnellement de l'autre partie une contre-prestation.

Il apparaît aussi dans les effets du contrat, par exemple avec la règle de la « privity » du contrat qui dispose qu'un contrat ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes, qu'il ne s'applique pas aux tiers.

Il apparaît enfin dans l'interprétation des contrats où toute l'histoire du droit anglais montre un souci scrupuleux du juge anglais de respecter ou tout au moins de paraître respecter l'intention des parties. C'est ainsi que le juge présente comme tacitement incluses par les parties dans le contrat, les conditions, les garanties et les promesses qu'il est parfois obligé de sous-entendre pour rendre possible l'exécution du contrat (1). Les Cours de Common Law par exemple admettent les exceptions nombreuses au principe que l'impossibilité d'exécution du contrat ne constitue pas une excuse, mais elles prétendent ne les admettre que par respect de l'intention des parties, que parce qu'elles présument que les parties les ont admises tacitement (2).

Aussi nous voyons bien le lien qui existe d'une façon permanente en droit anglais entre l'obligation contractuelle et les parties contractantes. L'obligation contractuelle est et reste celle qu'ont

(1) Par ce biais de l'intention présumée des parties, les Anglais remédient ainsi à l'absence de droit supplétif de leur système juridique.

Finalement d'ailleurs, ces clauses ajoutées par le juge, et qu'il déclare contenues implicitement dans le contrat sous prétexte que des parties raisonnables les auraient prévues, équivalent bien à nos règles supplétives présumées conformes aux normes raisonnables.

(2) Il convient de noter cependant que cette théorie de « l'IMPLIED condition » semble discutée aujourd'hui par certains auteurs et peut-être même par certains jugements (par exemple *Davis Contractors Ltd Fareham U.D.C.* [1956] A.C. 696).

voulue les parties, elle est liée d'une façon permanente à la personne des parties, c'est une obligation subjective, c'est une obligation personnelle.

LE CONTRAT COMMERCIAL

Nous allons voir cependant que ce lien entre la personne des parties contractantes et l'obligation contractuelle, que cet aspect subjectif du contrat anglais apparaît beaucoup moins fort dans les matières commerciales, parfois même semble être complètement absent. L'obligation commerciale, elle, semble ne pas garder de lien avec les parties contractantes, elle semble être indépendante, autonome, elle semble être une obligation impersonnelle, une obligation objective.

I. — La règle de la « consideration ».

La différence entre les contrats commerciaux et les contrats ordinaires est en premier lieu révélée par l'application de la règle de la « consideration ».

Le contrat anglais caractérisé par le lien personnel qu'il établit entre les parties, veut que chacune d'elles ait un intérêt personnel à contracter et reçoive de l'autre une prestation, un avantage quelconque, une « consideration »; c'est la règle de la « consideration ». Pour assurer l'existence d'un intérêt personnel réel de chaque partie, le droit anglais soumet la « consideration » à des règles extrêmement strictes, elle doit être actuelle et exister chez chacune des parties contractantes. Or ces conditions ne semblent pas s'imposer à certains contrats commerciaux.

Théoriquement, la « consieration » doit être actuelle, présente; une « consideration » ancienne, une « post consideration » n'est pas valable, elle doit être concomitante au contrat : une partie ne peut par exemple invoquer comme « consideration » un travail effectué ou un service rendu antérieurement au contrat. Les « negotiable instruments », création d'un contrat commercial, font pourtant exception à cette règle; en vertu du Bill of Exchange Act de 1882 (3), un « Negotiable Instrument » oblige celui qui le délivre même s'il a pour « consideration » une dette antérieure.

« Pourra constituer une "consideration" valable pour une lettre de change :

(3) Section 27 : « Valuable consideration for a bill may be constituted by :
a) any consideration sufficient to support a simple contract; b) an antecedent debt or liability. »

- « a) Toute considération suffisante pour un simple contrat;
- « b) Une dette ou une obligation antérieure. »

D'autre part la « consideration » doit exister en principe chez chacune des parties contractantes, chacune doit s'engager à quelque chose envers l'autre et recevoir quelque chose de l'autre. Celui qui se prévaut d'une obligation doit montrer qu'il a donné quelque chose en échange, une « consideration », c'est la règle : « La " consideration " doit émaner du bénéficiaire de l'obligation » (4). Or cette règle ne s'applique pas en cas d'instrument négociable : le porteur peut intenter une action en paiement sans avoir à prouver qu'il s'est acquitté d'une obligation quelconque. Il suffit qu'une « consideration » quelconque ait été donnée au tiré par quelqu'un à un moment quelconque. Le Bill of Exchange Act de 1887 stipule en effet (5) :

« Lorsqu'un prix a été payé à une date quelle qu'elle soit, en échange d'un billet, le détenteur est censé devenir possesseur du billet pour sa valeur à l'égard du tiré et de tous ceux qui endossèrent le billet avant cette date, c'est-à-dire avant la date à laquelle le prix a été payé. »

Nous voyons donc que la règle de la « consideration » est considérablement assouplie en matière d'instruments négociables. Dans le contrat classique la « consideration » est l'un des éléments qui personnalise l'obligation et lui donne son caractère subjectif. Dans une matière commerciale importante, en matière d'instruments négociables, l'influence de la « consideration » ne jouant plus, l'obligation contractuelle est dépersonnalisée, elle devient une obligation objective, elle n'a plus le même caractère.

II. — La règle de « Privity » dans les contrats commerciaux.

Le caractère subjectif du contrat anglais est également mis en valeur par la règle de la « privity » du contrat : un contrat ne lie que les parties contractantes, il n'a pas d'effet à l'égard des tiers (6). Or dans les matières commerciales de nombreuses exceptions semblent avoir été apportées à cette règle (7).

(4) Cf. CHESHIRE and FIFOOT : *Law of Contract*, 4^e éd., 1956, p. 62 : « The consideration must move from the promisee. »

(5) Section 27 (2) : « Where value has at any time been given for a bill the holder is deemed to be a holder for value on regard the acceptor and all parties to the bill who became parties prior to such time, i.e. at the time at which value was given. »

(6) Cf. *Price v. Easton* (1883) 4 B. and Ad. 433; *Tweddle v. Atkinson* (1861) 1 B. and S. 393.

(7) En dehors de ces matières commerciales, la règle de la « privity » du contrat ne souffre des exceptions qu'en matière de droit rural (cf. CHESHIRE and FIFOOT : *Law of Contract*, 4^e éd., p. 363).

1. — 1. — L'EXCEPTION DE L' « UNDISCLOSED PRINCIPAL ».

Un contrat passé entre un préposé et une tierce personne aura un effet à l'égard du commettant même si le contractant ignorait que le préposé agissait au nom d'un commettant. Le contrat pourra être opposé à l' « undisclosed principal » et celui-ci pourra se prévaloir du contrat contre le cocontractant; le cas de l' « undisclosed principal » est donc contraire à la règle de la « privity » du contrat, puisqu'une personne, l' « undisclosed principal », va pouvoir se prévaloir d'un contrat auquel elle n'était pas partie (8).

L'exception de l' « undisclosed principal » a une origine historique commerciale : elle a été créée pour les contrats passés par les agents commerciaux. Mais son domaine d'application s'est vite étendu et dépasse indiscutablement aujourd'hui le cas de la « commercial agency » entendu dans son sens étroit. L'exception cependant peut encore être dite commerciale en ce sens qu'en fait l'institution de l' « agency » est surtout utilisée par les commerçants et donc que la théorie de l' « undisclosed principal » s'applique essentiellement aux commerçants. D'autre part, cette théorie ne s'applique qu'aux contrats fondés sur les relations d'ordre purement pécuniaire et non aux accords déterminés par l'*intuitus personae*; elle ne s'applique pas par exemple aux contrats de louage de service. Son domaine d'application est donc limité aux contrats économiques; en l'entendant au sens large, on peut donc dire que c'est un domaine d'application commercial.

2. — L'EXCEPTION DE LA POLICE D'ASSURANCE

Le droit anglais admet aussi depuis longtemps qu'une assurance peut être prise au profit d'une tierce personne qui pourra s'en prévaloir juridiquement (9). Dans cette matière commerciale, la règle de la privity du contrat ne s'applique donc pas, le contrat d'assurances pourra produire des effets à l'égard des tiers.

3. — L'EXCEPTION DES INSTRUMENTS NÉGOCIABLES

En matière d'instruments négociables l'émetteur est tenu de s'acquitter de sa dette envers tout porteur. Comme l'instrument négociable peut être transféré sans notification à l'émetteur, le plus

(8) Cf. GOODHART (A.L.) and HAMSON (C.J.): « Undisclosed principals in contract », 4 C.L.J., 1932, p. 356, et 3 L.Q.R., 1887, pp. 358-59, note sur l'espèce *Cooke v. Eshelby*, 12 App. Cas. 271.

(9) *Samuel (P.) and Co. v. Dumas* [1923] 1 K.B. 592, confirmé par la Chambre des Lords [1924] A.C. 431.

souvent celui-ci ne connaîtra pas son créancier. Il n'y a donc aucun rapport personnel entre le créancier et le débiteur, le droit créé à l'origine par un contrat ne dépend plus de la personne, mais de l'*instrumentum*, il s'incorpore à l'écrit qui le représente. Ici encore l'obligation contractuelle n'est pas une obligation subjective, comme l'obligation type du droit classique anglais, mais une obligation objective.

Il est intéressant de remarquer que le caractère objectif de l'obligation a été poussé en matière d'effets de commerce beaucoup plus loin en Angleterre qu'en France (10). La lettre de change est considérée par exemple en France comme un instrument de crédit devant circuler peu mais sûrement. En Angleterre une lettre de change est un titre de circulation, un succédané de la monnaie, où l'*intuitus personae* est réduit à son strict minimum.

Voici quelques exemples de la manière entièrement abstraite dont les Anglais conçoivent la lettre de change et grâce à laquelle l'assimilation de celle-ci avec la monnaie ordinaire a pu s'effectuer d'une manière presque parfaite.

1° Les Anglais admettent que normalement une lettre de change est productrice d'intérêt, la plupart des codes continentaux répugnent à cette manière de voir.

2° La législation anglaise autorise le tireur d'une lettre de change à tirer celle-ci sans s'en porter garant; cette pratique est inconnue sur le Continent.

3° L'endossement en blanc qui, en France, avant la loi de 1922, était simplement considéré comme un endos de procuration a de tout temps transféré en Angleterre la propriété de la lettre de change.

4° Les législations continentales prévoient que les lettres de change payables à telle ou telle date doivent être présentées à l'acceptation au bout d'un certain laps de temps, généralement six mois. En Angleterre, aucun délai n'est prévu, il suffit que la présentation ait eu lieu dans un délai raisonnable.

5° D'après la législation anglaise, le porteur peut à son gré admettre ou refuser une acceptation partielle; sur le Continent, une acceptation partielle ne peut être refusée.

6° En Angleterre, l'obligation de présenter ou de faire protester la lettre de change suppose chez le porteur une diligence raisonnable. Sur le Continent, la seule excuse prévue au non-respect du délai fixé, est la force majeure.

(10) Cf. STRAUSS (A.): *L'esprit du contrat anglais*, thèse Paris, 1931, p. 37.

7° La garantie par endossement des droits continentaux n'existe pas en droit anglais. L'opinion dominante semble admettre que la garantie, même portée sur la lettre de change, ne vaut qu'entre les parties.

8° On admet en Angleterre contrairement aux règles prévalant en France les lettres de change au porteur.

Toutes ces dispositions de la loi anglaise tendent à transformer les effets de commerce en un véritable succédané de la monnaie. Aucun système n'a poussé aussi loin la conception objective de l'effet de commerce. Mais comme le fait remarquer un grand juriste anglais en donnant ainsi un tel caractère objectif à une obligation contractuelle, en la « dépersonnalisant » ainsi, on se met singulièrement en opposition avec les principes généraux du contrat.

« Le résultat est que le contrat, pour toutes ses applications principales, est complètement incorporé à l'instrument qui en est le symbole, et, le droit né du contrat aussi bien que le droit de propriété inclus dans l'instrument, sont traités d'une façon tout à fait opposée aux principes généraux du contrat et du droit de propriété » (11).

4. — L'EXCEPTION DES « RESTRICTIVE TRADE PRACTICES ».

La législation des « Restrictive Trade Practices » nous donne également un exemple où la règle de la « Privity of Contract » reçoit une autre exception dans une matière commerciale. L'acte tout récent de 1956 sur les pratiques restrictives en matière commerciale (12), admet en effet qu'un accord entre fournisseurs ou vendeurs d'une marchandise fixant le prix de vente de cette marchandise, est opposable au vendeur même si celui-ci n'était pas partie à l'accord.

« Lorsque des marchandises sont vendues par un grossiste sous réserve d'une condition concernant le prix auquel ces marchandises peuvent être revendues, soit d'une façon générale, soit par (ou à) une catégorie déterminée de personnes, soit par (ou à) une personne déterminée, cette condition peut, sous réserve des dispositions de cette section, être imposée par le grossiste à toute personne non partie à la vente, qui acquiert par la suite les marchandises avec

(11) POLLOCK (F.) : *On Contract*, 13^e éd., p. 183 : « The result is that the contract is completely embodied for all principal purposes in the instrument which is the symbol of the contract and both the right under the contract and the property in the instrument are treated in a manner quite at variance with the general principles of contract and ownership. »

(12) 4 and 5 Eliz. 2, c. 68.

notification de la condition. comme si cette personne avait été partie » (13).

Ainsi, en matière de vente commerciale. le droit anglais reconnaît une exception à la règle de « privity » du contrat : les « Restrictive Trade Practices » dans les ventes commerciales sont opposables à des tiers. L'opposabilité aux tiers de clauses restrictives en tant qu'exception à la règle de « privity » du contrat n'existait jusqu'alors qu'en matière de droit foncier, de « land law » (14) et en matière d'affrètement maritime (15). Les Cours de Common Law avaient refusé de l'étendre aux autres branches du droit (16). Avec le « Restrictive Trade Practices » Act de 1956, la règle de la « Privity of Contract » connaît maintenant aussi une exception dans le cas des contrats à clauses restrictives en matière commerciale.

5. — L'EXCEPTION DES « BANKERS' COMMERCIAL CREDITS ».

Nous avons vu (17) que le « Bankers' Commercial Credits » est une pratique commerciale par laquelle une banque s'engage envers un importateur à lui ouvrir un crédit en acceptant les lettres de change tirées par l'exportateur jusqu'à concurrence d'une certaine somme. L'importateur s'engage à rembourser la banque lorsqu'il aura reçu et vendu la marchandise.

Les rapports juridiques de l'importateur et de l'exportateur et de l'importateur et de la banque n'offrent pas de difficultés, ce sont de simples rapports contractuels, mais ceux de l'exportateur et de la banque sont moins clairs.

D'après la théorie classique du contrat en Common Law ce ne sont certainement pas des rapports contractuels car un contrat n'est valable en droit anglais, nous l'avons vu (18), que s'il y a « consideration », c'est-à-dire si chaque partie contractante a une obligation contractuelle envers l'autre et reçoit une contrepartie de sa propre obligation. Or, dans le cas du crédit commercial ban-

(13) Section 25-1 : « Where goods are sold by a supplier subject to a condition as to the price at which those goods may be resold, either generally or by or to a specified class or person, that condition may, subject to the provisions of this section, be enforced by the supplier against any person not party to the sale who subsequently acquires the goods with notice of the condition as if he had been party thereto. »

(14) Cf. *Tulk v. Moxhay* (1848) 2 Ph. 774.

(15) *Lord Strathcona S.S. Co. v. Dominion Co. G* [1926] A.C. 108.

(16) Cf. *Taddy and Co. v. Sterious and Co.* [1904] Ch. 354; *McGruther v. Pitcher* [1904] 2 Ch. 306; *London County Council v. Allen* [1914] 3 K.B. 642, p. 658.

(17) Cf. *supra*, pp. 47 et suiv.

(18) Cf. *supra*, pp. 121 et suiv.

caire la banque s'engage à ouvrir un crédit à un tiers, mais ne reçoit rien en contrepartie de ce tiers. Il semble donc impossible d'après la théorie classique du contrat anglais de parler de contrat entre la banque et l'exportateur. Seul l'importateur aura donc une action contre la banque; juridiquement, même dans le cas d'un crédit irrévocable, l'exportateur, lui, n'a aucune action contre la banque.

Pourtant les Cours de Common Law sans doute pour satisfaire les exigences commerciales, reconnaissent une action à l'exportateur, au bénéficiaire du crédit bancaire, contre la banque (19). Les auteurs anglais se sont efforcés de trouver une justification juridique à l'existence de ce lien obligatoire entre l'exportateur et la banque que reconnaissent les Cours de Common Law et ils ont avancé les explications juridiques les plus diverses et les plus subtiles pour prouver l'existence d'un contrat (20).

Certains prétendent trouver une explication dans la « *guarantee theory* », dans la théorie du cautionnement; la banque serait une caution de l'importateur. Mais, en fait, le banquier est responsable directement et non subsidiairement; il n'est pas tenu de donner un engagement écrit de son cautionnement, ce qu'exige le *Statute of Frauds*, section 4; en dépit de son engagement, l'importateur et l'exportateur peuvent à tout moment apporter des modifications à leur contrat, ce qui est contraire à la « *guarantee law* ».

D'autres voient dans le banquier un « *trustee* » de l'importateur; mais en fait le banquier accorde son crédit avant d'avoir reçu aucun argent de l'importateur.

Un auteur américain, Mr. McCurdy (21) prétend que le contrat, aussitôt formé, est assigné par l'importateur à l'exportateur avec signification au banquier. Mais cette théorie ne respecte pas les faits, car, en réalité, la lettre de crédit est envoyée directement à l'exportateur et ne passe jamais par les mains de l'importateur. Le même auteur propose aussi la théorie de la novation : l'importateur, en vertu d'une clause tacite, accepterait de se retirer du contrat une fois la lettre de crédit issue et le banquier lui serait

(19) Il convient de préciser que la question elle-même de la valeur juridique de l'obligation existant entre l'exportateur et la banque n'a jamais fait directement l'objet d'un « *case* » devant une Cour de Common Law. Mais les Cours, comme nous le verrons plus loin, se sont prononcées de nombreuses fois incidemment sur cette question, et leur opinion ne semble pas faire de doute. Cf. DAVIS (A.G.) : *The law relating to commercial letters of credit*, 2^e éd., 1954, p. 69; CHESHIRE and FIFOOT : *The Law of Contract*, 4^e éd., 1956, p. 369.

(20) Cf. DAVIS (A.G.) : *op. cit.*, p. 59.

(21) « *Commercial letters of credit* », (1922) 35 *Harvard Law Review*, 539.

substitué en tant que partie contractante. Mais en réalité, l'importateur ne disparaît du contrat, il reste pécuniairement responsable envers l'exportateur et est créancier de la marchandise vendue.

Le professeur Gutteridge (22) voit dans le « Bankers' Commercial Credit » une application de la théorie de l'Agency : l'importateur serait l'agent de l'exportateur, le contrat passé par l'importateur pourrait donc être invoqué par l'exportateur. Mais cette théorie voudrait alors aussi que l'exportateur soit responsable de toutes les fautes commises par son agent, l'importateur, ce qui n'est pas admis dans la réalité.

La théorie de l'offre du vendeur suppose qu'un contrat est formé par l'offre de l'exportateur au banquier de lui livrer les titres de vente, en échange de la délivrance d'une lettre de crédit. Mais en fait le banquier n'exige pas toujours que les titres de vente lui soient délivrés.

Enfin certains auteurs expliquent la naissance d'un contrat par la théorie de l'offre et de l'acceptation : le banquier en délivrant sa lettre de crédit fait une offre à l'exportateur qui en l'acceptant crée un contrat. Mais une offre suppose toujours un temps de révocation tant qu'elle n'a pas été acceptée. Or, comme l'a montré Gutteridge, dans le cas d'une lettre de crédit irrévocable il n'y a pas de temps de révocation possible.

En réalité aucune de ces explications ne semble juridiquement satisfaisante. L'existence d'un lien juridique entre l'exportateur et la banque semble inconciliable avec la théorie classique du contrat anglais. Il semble qu'en matière commerciale la notion classique du contrat ne s'applique pas, que le contrat obéisse à des règles spéciales (23). Il semble bien d'ailleurs que ce soit la conclusion à laquelle soient arrivées les Cours de Common Law.

Au début, les Cours de Common Law se sont efforcées de sauvegarder les principes fondamentaux du contrat classique anglais et de montrer que la règle de la « privity of contract » était respectée en l'espèce. Elles se sont efforcées dans plusieurs arrêts d'expliquer par la théorie classique du contrat le lien juridique qu'elles

(22) *The Law of Bankers' Commercial Credits*, 1^{re} et 2^e éd., p. 24.

(23) La question de la nature juridique du crédit documentaire a d'ailleurs donné lieu en France aux mêmes difficultés. Pour expliquer l'engagement irrévocable du banquier émetteur et le droit direct du bénéficiaire à obtenir la réalisation du crédit, on a fait tour à tour appel aux notions de mandat, de cession de créance, de gestion d'affaires, de stipulation pour autrui, de délégation, d'acceptation cambiaire par acte séparé, de cautionnement.

Ceci montre bien qu'en droit français comme en droit anglais, les techniques bancaires modernes ne peuvent s'expliquer par les formules traditionnelles du droit des obligations.

déclarent exister entre la banque et l'exportateur, de présenter ce lien comme un lien contractuel en essayant de montrer qu'un contrat existait entre l'exportateur et la banque.

En 1867, dans l'espèce *Re Agra and Masterman's Bank, Ex Parte Asiatic Banking Corporation* (24), elles expliquèrent l'existence d'un contrat par la théorie de l'« Assignment ». Aussitôt que le contrat est formé entre l'importateur et la banque, le contrat est assigné par l'importateur à l'exportateur qui devient partie contractante à la place de l'importateur.

« Mais en supposant que le contrat ait été en droit un contrat avec Dikson, Tatham et Cie, et avec nul autre, il est bien clair que le contrat était transférable en « équité » et on doit considérer que Dikson, Tatham et Cie ont transféré (en admettant qu'un transfert fût nécessaire) à l'Asiatic Banking Corporation — et que les auteurs de la lettre comptaient qu'ils le feraient — les clauses de la lettre relative à l'acceptation des billets » (25).

En 1922 dans l'espèce *Urquhart Lindsay and Co. Ltd v. Eastern Bank Ltd* (26), la King's Bench Division justifie l'existence d'un contrat par le biais de la théorie de l'offre et de l'acceptation, le commencement de l'exécution de l'obligation de l'exportateur envers l'importateur signifiant acceptation de l'offre de crédit que lui aurait faite la banque.

« Il n'y a pas de doute que le fait que les demandeurs exécutaient les engagements contenus dans cette lettre de crédit, démontrait l'existence d'une "consideration" chez les demandeurs qui rendait irrévocable pour les défendeurs l'engagement qui les liait aux demandeurs » (27).

Récemment cependant les Cours semblent avoir renoncé à toute explication juridique orthodoxe; elles se contentent d'affirmer l'existence d'un lien juridique contractuel entre la banque et l'exportateur, laissant supposer qu'elles admettent que les règles

(24) [1867] L.R. 2 Ch. App. 391.

(25) CAIRNS L.J. à p. 397 : « But assuming the contract to have been at law a contract with Dickson, Tatham and Co., and with no other, it is clear that the contract was in equity assignable, and that Dickson, Tatham and Co. must be taken to have assigned (if assignment were needed) to the Asiatic Banking Corporation, and to have been by the writers of the letter intended to assign to them, the engagements in the letter providing for the acceptance of the bills. »

(26) [1922] 1 K.B. 321.

(27) ROWLATT J., p. 321 : « There can be no doubt that upon the plaintiffs acting upon the undertaking contained in this letter of credit, consideration moved from the plaintiffs which bound the defendants to the irrevocable character of the arrangement between the defendants and the plaintiffs. » Cf. aussi, dans le même sens, *Dexters Ltd v. Schenker and Co.* (1923) 14 Ll. L. Rep. 586.

du contrat classique ne s'appliquent pas en matière commerciale, que le contrat commercial est un contrat spécial.

En 1949 dans *Smith and Snipes Hall Farm Ltd v. River Douglas Catchment Board* (28), Denning L. J. déclare que le principe de la privity of contract souffre des exceptions et que le « Bankers' Commercial Credit » en est une (29).

En 1954, dans *Sinason-Teicher Inter-American grain Corporation v. Oilcakes and Oilseeds Trading Co. Ltd* (30), Devlin J. affirme catégoriquement qu'il existe un lien juridique entre la banque et le vendeur sans chercher à l'expliquer juridiquement ni à montrer que son existence se concilie avec les principes du contrat. Il semble le considérer au contraire comme une exception aux principes du contrat.

« Une lettre de crédit irrévocable et confirmée crée un lien direct entre la banque et le vendeur, et la banque devient directement responsable à l'égard du vendeur de l'exécution de l'obligation à laquelle elle s'est engagée dans la lettre de crédit... » (31).

Le cas du « Bankers' Commercial Credit » laisse supposer que le droit anglais admet aujourd'hui que les règles classiques du contrat souffrent des exceptions en matière commerciale, en particulier à propos de la règle de « Privity » du contrat.

Certains autres cas récents, dans d'autres domaines que celui du « Bankers' Commercial Credit », viennent confirmer cette impression et montrent que les exceptions aux principes généraux du contrat ne sont pas limitées au cas particulier du « Bankers' Commercial Credit » mais semblent pouvoir s'étendre à toutes les matières commerciales.

Dans l'affaire *Pyrene Co. Ltd v. Scindia Navigation Co. Ltd* (32), par exemple, dont nous connaissons déjà les faits (33), la règle de « privity », suivant laquelle un contrat n'a d'effets qu'entre les parties contractantes, interdisait au transporteur d'opposer le contrat au vendeur qui n'y était pas partie. La Cour, cependant, constatant que la situation de l'espèce était une pratique commerciale courante, a estimé que la règle de « privity » n'avait pas

(28) [1949] 2 K.B. 500.

(29) *Id.*, p. 511.

(30) [1954] 2 All. E.R. 497.

(31) Cf. p. 501 : « A confirmed irrevocable letter of credit creates a direct relationship between the bank and the seller, and the bank becomes directly liable to the seller for the fulfilment of the obligation which it has undertaken in the letter of credit... »

(32) [1954] 2 Q.B. 402.

(33) Cf. *supra*, pp. 49 et suiv.

à s'appliquer et elle reconnut le droit au transporteur de se prévaloir du contrat qui le liait à l'acheteur contre un tiers le vendeur (34).

« Le fait qu'un tiers vienne se prévaloir d'un contrat soit à titre de commettant inconnu, soit comme bénéficiaire n'est pas nouveau... Le principe est courant dans les contrats commerciaux. C'est un principe qui doit constamment être invoqué lorsque la propriété de la chose sur laquelle porte le contrat doit normalement être transférée pendant la durée du contrat. En matière d'assurance maritime la police est toujours expressément souscrite pour le bénéfice de ceux qui "sont propriétaires de la chose, qui peuvent l'être ou qui le seront". Dans les assurances non maritimes, il n'y a pas de clause de style, mais on peut arriver au même résultat avec des clauses similaires » (35).

Ainsi il semble bien que les Cours de Common Law admettent aujourd'hui que la règle de « privity of contract » puisse souffrir des exceptions en matière commerciale, qu'elle ne soit pas un principe fondamental du contrat commercial comme elle en est un du contrat ordinaire de droit anglais. Le juge anglais ne semble pas considérer le contrat commercial comme un contrat classique, il semble peu soucieux de le soumettre aux règles du contrat ordinaire. C'est ce qu'exprime fort bien un auteur anglais quand il dit :

« La façon peu orthodoxe dont le droit commercial aborde les nouveaux problèmes apparaît d'une façon particulièrement claire avec l'admission du contrat à trois... » (36).

(34) Cf. aussi les cas récents où les Cours de Common Law ont admis qu'un garagiste, bien qu'agissant simplement en tant qu'agent dans la vente d'une voiture, pouvait cependant être lié par le contrat de vente. *Brown v. Sheen and Richmond Car Sales Ltd* [1950] 1 All. E.R. 1102; *Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd* [1951] 2 K.B. 854; *Andrews v. Hopkinson* [1956] 3 W.L.R. 732.

(35) *DEVLIN J.*, p. 422 : « There is nothing novel about the idea of a third party coming in to enforce a contract either as an undisclosed principal or as a beneficiary... The principle is very familiar in mercantile contracts. It is a principle that has constantly to be invoked where the property in the subject matter of the contract is likely to be transferred during the currency of the contract. In marine insurance the policy is always expressly taken out for the benefit of those to whom the property doth, may or shall appertain. In non marine insurance there is no set form but similar words may produce the same result. »

(36) *SCHMITTHOFF (C.M.)* : « Commercial Law in action », S.J. 1957, vol. 101, p. 11 : « The undogmatic approach of commercial law to new problems is perhaps most clearly evident in the admission of the three cornered contract... »

III. — Le contrat d'adhésion en droit commercial.

Nous avons vu que la théorie classique anglaise donne au contrat un aspect subjectif : elle y voit un produit de la volonté libre des individus ; ce sont les parties contractantes qui créent entièrement le contrat. Le droit anglais pose donc comme condition fondamentale de la formation d'un contrat, que les parties soient libres et égales.

Or ces conditions semblent de plus en plus rares en matière commerciale où avec le développement du contrat d'adhésion les parties ont de moins en moins la possibilité de discuter les conditions du contrat. Avec le développement des grosses entreprises commerciales, les parties à un contrat commercial sont de moins en moins de simples individus mais généralement l'une des parties au moins est une personne morale qui soumet à l'autre un contrat type dont les clauses ne peuvent être discutées et dont l'acceptation elle-même n'est pas toujours libre étant donné l'inégalité des parties contractantes (37).

« La théorie classique du contrat suppose que la personne juridique est aussi une personne physique. Les fondements de cette théorie s'effondrèrent quand les personnes morales remplacèrent de plus en plus les personnes physiques comme sujets de droit et comme parties aux contrats commerciaux et industriels » (38).

Aussi, alors que le sujet de droit du contrat civil est l'individu, la personne humaine, le sujet de droit du contrat commercial semble être de plus en plus la personne morale distincte des individus. D'autre part, les matières commerciales étant de plus en plus d'intérêt public, les pouvoirs publics interviennent de plus en plus dans les contrats commerciaux, limitant d'autant la liberté des parties (39). Comme le remarque un auteur anglais (40), les fonctions du contrat classique, liberté de volonté et égalité contractuelle, ne sont plus remplies dans certaines catégories de contrats,

(37) Cf. DEVLIN (P.) : « The relation between Commercial Law and commercial practices », 14 M.L.R., 1951, p. 252.

(38) FRIEDMANN (W.) : *Law and Social Change*, 1951, p. 38 : « The classical theory of contract assumes the legal individual also to be a physical individual. The foundations of the theory were shattered when corporations increasingly displaced physical persons as legal individuals and as parties to commercial and industrial contracts. » Cf. aussi : SAVATIER, (R.) : *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1949, pp. 70 et suiv. ; ROUAST : « Travaux de la Semaine internationale de droit - Influence du Code civil dans le monde », *Recueil des actes*, 1954, 907 ; ELIACHEVITCH (B.) : « Le droit contractuel dans le système du droit soviétique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, p. 403.

(39) Cf. PRAUSNITZ (O.) : *Commercial Contracts*, 1937, p. 142 : « Trade made law or State made law. »

(40) FRIEDMANN (W.) : *Law and Social Change*, 1951, p. 34.

dans ceux où les parties ne sont plus des individus mais des groupements et dans ceux où l'Etat est intéressé. Ces deux facteurs font que les contrats sont de plus en plus réglementés et imposés par la partie personne morale ou par l'Etat au nom de l'intérêt public; l'égalité des parties n'est plus respectée, la liberté de volonté diminue, les fonctions et les caractéristiques du contrat de Common Law se perdent.

Or, dans le domaine du droit privé, ces deux facteurs interviennent essentiellement dans les contrats commerciaux où les parties sont de plus en plus des groupements, des personnes morales et où l'Etat est de plus en plus intéressé politiquement et économiquement. Dans la mesure où le contrat est imposé, le contrat d'adhésion devient le contrat type du droit commercial, on peut donc dire que la notion classique du contrat en droit anglais n'est pas respectée en matière commerciale.

IV. — Le contrat de société commerciale.

Le contrat de Common Law étant le produit de la volonté des individus, non seulement sa formation mais aussi son exécution doit dépendre entièrement de la volonté des parties contractantes. Celles-ci doivent être libres d'assurer l'exécution du contrat qu'elles ont formé. Or la Company Law nous montre que le contrat de société commerciale n'obéit pas à ce principe.

Théoriquement le droit de la société commerciale anglaise, de la Company, a été formé sur la notion de contrat. La Company est créée par un contrat, le contrat de société, c'est une institution contractuelle. Aussi le juriste anglais s'est-il efforcé en créant la Company Law d'être fidèle au principe de la personnalité, caractéristique du contrat de Common Law. La Company étant un contrat, son fondement réside dans la personne de ses membres et la « Company Law » doit donc avoir cet aspect subjectif que veut le droit contractuel de la Common Law. Une dépendance étroite doit donc exister entre l'institution contractuelle, la société et les parties contractantes qui l'ont créée : les associés.

C'est la théorie de l'*ultra vires* qui donne à la « Company Law » cet aspect subjectif. La Company, théoriquement, est étroitement subordonnée aux associés, elle n'a pas de pouvoirs propres, elle n'est pas indépendante, elle ne peut faire que ce que l'autorise à faire le « memorandum of association », c'est-à-dire les associés. Les actes qu'elle accomplit, s'ils ne sont pas autorisés par le « memorandum of association » sont *ultra vires*, ils sont nuls. Théoriquement, la Company anglaise n'est donc pas une personne morale

au même titre que les sociétés par actions continentales (41) ; son autonomie n'est pas aussi grande, elle reste beaucoup plus liée à la personne des associés et à l'idée contractuelle classique. A travers elle on retrouve la notion contractuelle de la Common Law avec son aspect subjectif.

Pourtant cet aspect de la Company Law caractérisé par l'idée contractuelle classique ne semble plus correspondre à la réalité. La « Company » semble en effet se distinguer de plus en plus de la personne des associés.

La théorie de l'*ultra vires* d'une part, est appliquée d'une façon de moins en moins stricte : le comité de révision sous la présidence du juge Cohen a même recommandé son abolition, préconisant que toute Company ait au regard des tiers les mêmes pouvoirs qu'un individu (42).

D'autre part, les parties contractantes, les actionnaires, prennent une part de moins en moins grande dans l'exécution du contrat social, dans l'administration de la société, à mesure qu'au contraire les organes de direction voient leurs pouvoirs accrus (43).

Ainsi, d'une façon générale, la personnalité morale des compagnies tend-elle à se développer de plus en plus en droit anglais. Le lien entre la personne des associés, les actionnaires, et l'institution contractuelle, la Company, diminue. Le véritable fondement de la Company, comme des sociétés par actions en général (44), ne semble plus être dans la personne de ses membres mais, de plus en plus dans l'entreprise à réaliser et dans les profits à accumuler et à répartir.

Le principe de base de la notion contractuelle du droit anglais ne semble donc plus être valable en matière de Company Law. Le droit des companies est de moins en moins gouverné par les règles classiques du contrat anglais. La notion de contrat telle qu'elle apparaît à travers la Company Law est une notion nouvelle où l'élément subjectif disparaît progressivement.

*
**

Le contrat commercial apparaît donc différent du contrat ordinaire de la Common Law. La personne des parties contractantes

(41) Cf. RIPERT (G.) : *Aspects juridiques du capitalisme*, 1951, pp. 93 et 107.

(42) « Report of the committee on company law amendment », June 1945, Cmd 6659, pp. 9, 10. Cf. aussi HARRWITZ (W.) : « Company law reform and the *ultra vires* Doctrine », 62 L.Q.R., 1946, p. 75.

(43) Cf. HORNSEY (G.) : « Tendances récentes du droit anglais des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 128.

(44) Cf. LÉVY-BRUHL : *Aspects sociologiques du droit*, 1955, p. 135.

ne semble pas être le fondement essentiel du contrat commercial comme elle l'est dans le contrat ordinaire de Common Law.

Alors que l'obligation contractuelle en Common Law est une obligation subjective, dans les contrats commerciaux l'obligation contractuelle apparaît souvent comme un obligation objective.

Alors que la règle de « privity » du contrat est fondamentale en Common Law, en matière commerciale on admet de plus en plus que le contrat puisse produire des effets à l'égard des tiers.

Enfin, dans certains contrats commerciaux, les parties jouent un rôle de plus en plus restreint aussi bien dans la formation que dans l'exécution du contrat.

Le contrat commercial n'est donc pas un contrat subjectif comme le contrat de Common Law. Les principes et les règles qui gouvernent les contrats ordinaires du droit anglais ne s'appliquent pas entièrement au contrat commercial. En réalité, il semble que l'on pourrait fort bien appliquer au droit anglais cette remarque que l'on a faite à propos du contrat commercial du droit français :

« Les juristes ont dû expliquer les opérations juridiques du commerce qui sont restées hors du droit civil des obligations. Des analyses ingénieuses parfois même trop subtiles leur ont permis d'appliquer le jeu des contrats et des obligations à des opérations que le droit civil ne connaît pas. Ils n'ont pourtant pas réussi à effacer l'originalité des institutions et des règles commerciales. Souvent même l'échec de leur tentative l'a accusée davantage » (45).

Les contrats commerciaux ayant leur nature et leurs règles propres, le droit des contrats n'est donc pas uniforme en droit anglais. Ainsi nous trouvons une nouvelle limite à la prétendue unité technique du droit civil et commercial anglais.

(45) RIPERT (G.): *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, p. 94.

CHAPITRE III

L'EXISTENCE D'UNE JUSTICE COMMERCIALE EN DROIT ANGLAIS

Les limites de l'unification technique du droit anglais concernent aussi les règles de justice. Nous avons vu que la lutte aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècle entre les Cours de Common Law et les tribunaux des marchands, était essentiellement la lutte de deux juridictions rivales et que son véritable enjeu était d'étendre la compétence des Cours royales aux litiges commerciaux et d'établir l'unité de juridiction à leur profit. Ce résultat a semblé atteint par la victoire des Cours de Common Law et depuis lors le droit anglais prétend appliquer la même justice aux litiges commerciaux et civils.

Nous allons voir pourtant que cette unité de justice n'est en réalité qu'incomplètement réalisée et qu'il existe encore dans une certaine mesure des juridictions et une justice commerciales.

NÉCESSITÉ LOGIQUE D'UNE JUSTICE COMMERCIALE

Les fondements particuliers que nous avons dégagés, matérialistes et d'intérêt public, semblent imposer une justice particulière au droit commercial.

Le fondement économique du droit commercial veut une justice rapide et simple; celui du droit civil réclame une justice lente mais sûre.

Le droit civil, cherchant à protéger les droits de l'individu, s'entoure de toutes les garanties possibles et a donc une justice relativement compliquée et lente. Lorsqu'en effet, il s'élève des difficultés sur des questions d'état de personnes, de droit de propriété, de successions... il s'agit d'ordinaire de difficultés juridiques très délicates dont la solution peut avoir des répercussions graves sur l'état de la société. Il est indispensable alors, que le jugement soit rendu par un magistrat ayant pu disposer à loisir de tous les moyens d'investigation et dont la décision parfaitement motivée en fait comme en droit s'impose à tous les esprits. Il faut une jurisprudence impeccable et constante et ces qualités ne sont guère conciliables avec la rapidité (1).

Le droit commercial ayant pour objet la richesse, le développement économique, veut, lui, une justice rapide. Un procès dont la solution tarde, c'est pour le commerçant un capital improductif, c'est sa comptabilité troublée, ce sont ses échéances compromises et par répercussion non seulement les siennes mais aussi celles des autres commerçants avec qui il a traité. La qualité principale d'une justice commerciale c'est la rapidité; même si celle-ci devait dans quelques cas entraîner des erreurs, le commerce entier y trouverait cependant un avantage parce que le facteur temps est prépondérant (2). Comme l'explique fort bien Montesquieu : « Les affaires du commerce sont très peu susceptibles de formalités; ce sont des actions de chaque jour que d'autres de même nature doivent suivre chaque jour; il faut donc qu'elles puissent être décidées chaque jour. Il en est autrement des actions de la vie qui influent beaucoup sur l'avenir, mais qui arrivent rarement. On ne se marie guère qu'une fois, on ne fait pas tous les jours des donations et des testaments, on n'est majeur qu'une fois » (3).

Et Montesquieu pour bien montrer que cette rapidité de la procédure commerciale avait toujours préoccupé les esprits juridiques rappelle que Xénophon, au *Livre des Revenus*, voulait qu'on donnât des récompenses à ceux des préfets de commerce qui expédiaient les affaires le plus rapidement.

Or, le caractère particulier des affaires commerciales rend possible une procédure simple et rapide. Nombre de litiges commerciaux portent surtout sur des questions de fait sans qu'il y ait des contestations sur le droit lui-même. Les différends qui s'élèvent

(1) Cf. VASSEUR (M.) : « Urgence et droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 403.

(2) *Id.*, p. 403.

(3) *Esprit des Lois*, livre XV, chap. XVIII.

en matière civile sont beaucoup plus souvent, au contraire, des questions de droit dont l'examen et la solution demandent plus de temps et de réflexion. Aussi paraît-il logique d'abandonner en droit commercial les formalités qui ont pour but de procurer quelques garanties nouvelles d'assurer quelques moyens d'investigations supplémentaires, mais cela au prix d'une perte de temps considérable.

De plus, le commerçant est un justiciable particulier qui recourt à la justice avec un esprit tout à fait différent de celui du justiciable civil comme le montre le célèbre juge anglais Devlin.

« D'habitude, lorsque le demandeur s'est privé d'un moyen solide, le défendeur est heureux d'en profiter. Il n'en est pas de même des marchands qui sont constamment en rapport les uns avec les autres. La solution juste d'un litige leur tient à cœur à tous » (4).

Une justice commerciale spéciale, conforme aux intérêts du commerce, est également voulue par l'intérêt public comme le déclare catégoriquement ce même juge anglais :

« Un système économique qui ne posséderait pas, comme partie intégrante, ou tout au moins comme partie annexe, un mécanisme pour régler les litiges commerciaux en accord avec les idées des commerçants, serait mauvais pour le commerce. Un pays commerçant qui veut que son commerce prospère, doit posséder ce mécanisme. C'est à partir de ce postulat que la Law Merchant fut créée » (5).

Cette justice spéciale que réclame les fondements du droit commercial peut être appliquée de diverses façons :

Elle peut d'abord être rendue par les tribunaux ordinaires qui appliqueront ainsi deux justices différentes, l'une civile et l'autre commerciale; c'est la solution adoptée par les Pays-Bas qui ont supprimé, en 1838, les tribunaux de commerce, mais qui conservent, théoriquement, un Code de commerce distinct du Code civil.

Elle peut au contraire être rendue par une juridiction spéciale : — dans certains cas, celle-ci sera formée de juges spéciaux, siégeant dans des tribunaux distincts, mais cependant magistrats de carrière au même titre que leurs collègues des tribunaux civils — exemple : cantons suisses ou Argentine;

(4) « The relation between Commercial Law and commercial practice », 14 M.L.R., 1951, p. 249 : « If the ordinary plaintiff denied an effective remedy, the ordinary defendant is pleased to take advantage of it. Not so the Merchants who are constantly dealing with each other. The fair solution of a dispute is a matter of concern to all. »

(5) *Id.*, p. 249. Cf. *supra*, p. 77.

- en France et en Belgique, les juges commerciaux sont de simples commerçants recrutés par élection ou nommés par le pouvoir central sur des listes proposées par les négociants;
- l'Allemagne et le Portugal ont adopté un système mixte où les juges des tribunaux de commerce sont pour moitié des juges professionnels, pour moitié des commerçants.

Nous savons que l'Angleterre jusqu'au XVIII^e siècle avait des tribunaux commerciaux complètement distincts des tribunaux ordinaires. Mais depuis l'absorption de la Law Merchant par la Common Law, elle prétend avoir réalisé l'unité de juridictions : les Cours de Common Law seraient compétentes pour tous les litiges, pour les litiges commerciaux comme pour les autres, et appliqueraient le même droit (6).

Mais il paraît bien étrange que le pays où les questions commerciales sont au premier plan, ait pu satisfaire les exigences impératives du commerce que nous avons relevées avec le lourd appareil judiciaire de la Common Law.

Et de fait un examen attentif du droit anglais semble montrer que l'Angleterre connaît dans une certaine mesure une juridiction commerciale.

Nous allons voir en effet d'abord que l'arbitrage, qui semble être considéré comme une véritable juridiction en droit anglais, est en fait la juridiction ordinaire des commerçants.

Nous verrons ensuite qu'il existe aussi parmi les Common Law Courts des juridictions commerciales, la Commercial Court et la juridiction de l'Amirauté.

SECTION I

L'ARBITRAGE EST LA JURIDICTION ORDINAIRE DES COMMERÇANTS

Historiquement, l'arbitrage est une institution de la Common Law dont l'origine très ancienne (antérieure à 1697) (7) est l'usage adopté par les marchands de soumettre leurs différends commerciaux à des personnes spécialement choisies. Mais c'est surtout à partir du XVIII^e siècle que l'arbitrage a pris une grande extension. A cette époque les juridictions commerciales avaient disparu, le droit commercial était devenu partie de la Common Law et les

(6) Cf. HAMSON (C.J.): « Civil Procedure in France and England », 10 C.L.J., 1950, 411.

(7) Cf. déjà en 1561 : Browne v. Mervell (1561) 2 Dyer 216 b.

Cours royales avaient étendu leur compétence aux litiges commerciaux. Mais les commerçants constatant que les Cours de Common Law n'étaient pas des tribunaux appropriés à leurs litiges, préférèrent avoir leurs propres juridictions, même si elles ne pouvaient être que des juridictions privées. Aussi l'habitude se développa d'insérer les clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux. Les tribunaux d'arbitrage devinrent les juridictions de fait des commerçants et le droit de fait de l'arbitrage prit une extension et une importance considérable.

Mais les Cours de Common Law attaquèrent la validité des décisions des arbitres sous prétexte qu'elles évinçaient leur propre juridiction. Aussi le législateur dut intervenir et réglementer le droit de l'arbitrage devenu si important. Il le fit dans un sens qui, loin de restreindre la juridiction arbitrale, lui reconnaît la qualité d'une véritable juridiction et tend à développer sa compétence (8). De nombreux « Arbitration Acts » (9), depuis celui de 1697 jusqu'à celui de 1950, s'efforcèrent de renforcer l'effet des clauses et des sentences arbitrales et de remédier aux insuffisances et aux défauts des règles de la pratique arbitrale qui étaient apparus avec le développement de l'arbitrage.

L'histoire de l'arbitrage et de l'intervention croissante des autorités publiques est instructive. Elle nous montre :

1° L'inadaptation des Cours de Common Law aux litiges commerciaux;

2° La nécessité d'une juridiction spéciale pour les commerçants;

3° L'incapacité des Cours de Common Law à établir un arbitrage efficace. Au début l'arbitrage reposait sur les principes de la Common Law; mais il était inefficace : une clause arbitrale ne liait pas les parties qui pouvaient toujours y renoncer et une sentence arbitrale n'était pas exécutoire par elle-même;

4° L'intérêt public d'un arbitrage efficace, tel que le Parlement anglais réglementa lui-même l'arbitrage et n'hésita pas à écarter les règles de la Common Law pour le rendre plus efficace. Il semble que le législateur ait considéré l'arbitrage comme une sorte de juridiction de remplacement pour les litiges que les Common Law Courts n'étaient pas outillées pour juger.

(8) « In modern times Parliament has shown a constantly increasing desire to aid and encourage private arbitration », par Lord ESHER M.R. in *Darlington Wagon Co. v. Harding Co.* [1891] 1 Q.B. 245, à p. 249 (C.A.).

(9) Arbitration Act de 1697 (9 Will. 3, c. 15), de 1889 (52 and 53 Vict., c. 49), de 1934 (24 and 25 Geo 5, c. 14), de 1950 (14 Geo 6, c. 27).

Nous voyons donc qu'il existe depuis longtemps une tendance générale, aussi bien parmi les personnes privées que parmi les autorités publiques, à considérer l'arbitrage comme une sorte de juridiction ordinaire des commerçants.

Aussi allons-nous examiner successivement :

1° Dans quelle mesure les Cours arbitrales sont de réelles juridictions;

2° Dans quelle mesure elles sont des juridictions commerciales.

SOUS-SECTION I

LES COURS D'ARBITRAGE SONT D'AUTHENTIQUES JURIDICTIONS

I. — La fonction juridictionnelle de l'arbitrage.

Le législateur et, plus tard, le juge de Common Law semblent avoir voulu faire de l'arbitrage un moyen de règlement général des différends. L'étude des conditions de forme de la clause arbitrale donne l'impression que le législateur anglais a essayé de simplifier au maximum ces formes de façon à étendre le plus possible le champ d'application de l'arbitrage. La clause arbitrale doit être rédigée par écrit, mais la forme importe peu (10). Tout litige peut faire l'objet d'une clause arbitrale même un litige simplement éventuel. L'objet du différend n'a pas à être précisé et l'arbitre n'a pas besoin d'être désigné à l'avance; la clause d'arbitrage pourra être aussi simple que celle-ci : « Nous les soussignés, nous engageons par cet acte à régler nos litiges par voie d'arbitrage » (11).

Les Cours de Common Law, réticentes pendant longtemps devant cette juridiction rivale de l'arbitrage, se montrent maintenant de plus en plus favorables et interprètent dans un sens très large les clauses arbitrales (12).

La facilité de mise en jeu de la procédure d'arbitrage en droit anglais apparaît d'une façon encore plus frappante quand on la compare aux législations étrangères. En France, par exemple, la rédaction d'un écrit est une condition obligatoire de la convention

(10) RUSSELL (F.): *On arbitration*, 15^e, 1952, p. 25.

(11) WILSHERE (A.M.): *The principles of the Common Law*, 6^e éd., 1951, p. 786 : « We the undersigned hereby submit our differences to arbitration. »

(12) Cf. *Denneby v. Jolly* (1874) 22 W.R. 449; *Cope v. Cope* (1885) 52 L.T. 607; *Gillett v. Thornton* (1875) L.R. 19 Eq. 599; *Morgan v. Harrison* (1907) 2 Ch. 137; *Heyman v. Darwins Ltd* [1942] A.C. 336; *Golodetz v. Schrier* (1947) 80 L. 1 L. Rep. 647; *Kruse v. Questier and Co.* [1953] 1 Q.B. 669; *H.E. Daniels Ltd v. Carmel Exporters and Importers* [1953] 3 W.L.R. 216.

d'arbitrage et cet écrit doit contenir des énonciations très précises, notamment la désignation de l'arbitre (13). Pendant longtemps en France également un litige pour pouvoir faire l'objet d'une convention arbitrale devait être né (14). Il était interdit de s'engager à l'avance à régler par la voie de l'arbitrage un litige futur et éventuel : la clause compromissoire était interdite. L'intérêt public, pensait-on, voulait qu'on empêche le justiciable français de renoncer à la légère aux garanties de la justice officielle. Mais le cas du commerçant étant spécial, la clause compromissoire offrait moins de risques en matière commerciale. Aussi la loi du 31 décembre 1925 l'a reconnue valable, mais seulement en matière commerciale : elle permet de substituer une juridiction d'arbitre à la juridiction des tribunaux consulaires mais pas à celle des tribunaux civils.

Mais même en matière commerciale la clause compromissoire est admise encore aujourd'hui avec réticence et interprétée restrictivement par la jurisprudence française. La Cour de cassation estime que les dispositions d'une clause compromissoire sont d'application littérale et doivent s'interpréter restrictivement (15).

Cet exemple de la clause compromissoire nous révèle fort bien l'hostilité traditionnelle du législateur comme de la jurisprudence française à l'égard de l'arbitrage. Devant les exigences du commerce, ils ont été finalement obligés d'admettre la clause compromissoire en matière commerciale, mais même en ce domaine, ils lui font une place très restreinte.

Ainsi, l'arbitrage en France, par les conditions de forme que nécessite la convention arbitrale et par l'interprétation restrictive de cette convention, paraît peu accessible aux parties, comparé à l'arbitrage anglais.

La tendance du droit anglais paraît être de faciliter la mise en jeu de l'arbitrage.

La tendance du droit français paraît être, au contraire, de la freiner.

II. — La compétence juridictionnelle des Cours arbitrales.

Une des caractéristiques fondamentales d'une juridiction est sa compétence exclusive et obligatoire. Celle-ci se manifeste de deux façons :

(13) Cas. Req., 12 février 1906, S. 1906-I-492.

(14) Cas. civ., 10 juillet 1843, S. 1843-I-561.

(15) Cf. Paris, 15 décembre 1954, J.C.P. 1955-II-86-75; Cas. com., 6 mars 1956, J.C.P. 1956-II-93-73.

— d'une part à l'égard des parties : une fois qu'elles ont accepté la juridiction d'un tribunal donné, les parties ne peuvent s'y dérober;

— d'autre part à l'égard des autres juridictions : un tribunal saisi d'un litige ne peut être dessaisi par une autre juridiction.

Nous allons voir que la compétence de l'arbitre en droit anglais semble présenter ces caractéristiques.

1. — LA JURIDICTION ARBITRALE S'IMPOSE AUX PARTIES

Le droit anglais ne permet pas aux parties de se dérober à un arbitrage librement consenti; la convention arbitrale lie les parties qui, à moins d'une renonciation commune, seront tenues de régler leur litige par voie d'arbitrage.

Contrairement au droit français, en droit anglais, depuis l'Arbitration Act de 1934, confirmé par celui de 1950 (16), le décès de l'une des parties n'est même plus une cause d'extinction de la cause arbitrale (17).

Le refus par l'une des parties de désigner un arbitre n'est pas un moyen de se dérober à l'arbitrage car la Cour a le pouvoir de nommer un arbitre en cas de carence des parties (18). Il est remarquable d'ailleurs de voir assurer l'exécution forcée des clauses compromissaires en Angleterre, en constituant une juridiction arbitrale malgré le mauvais vouloir des parties, alors que traditionnellement le droit anglais se refuse en général à admettre l'exécution forcée des contrats et que le principe habituel est de sanctionner par l'attribution de dommages-intérêts l'inexécution des obligations contractuelles (19). Ce fait met d'autant plus en valeur l'importance que le législateur anglais attache au caractère obligatoire et certain de la compétence arbitrale.

(16) Arbitration Act 1950, S. 25, S. 24 (2).

(17) D'une façon générale, en France, les causes d'extinction du compromis sont beaucoup plus nombreuses : faillite, interdiction, mort d'une des parties.

(18) Cf. RUSSELL : *On Arbitration*, 15^e éd., p. 184.

(19) Cf. Lord MACMILLAN dans *Heyman v. Darwins Ltd* [1942] A.C. 356 at p. 373 : « J'en arrive à me demander si on a prêté suffisamment attention à la véritable nature et au véritable rôle d'une clause arbitrale dans un contrat. Il s'agit d'une clause tout à fait différente des autres. Il y a cette différence essentielle que, alors que dans un contrat ordinaire les obligations respectives des parties ne sont pas exécutoires telles quelles et que leur inexécution entraîne seulement des dommages-intérêts, la clause arbitrale, elle, peut être exécutoire telle quelle en vertu des Actes sur l'arbitrage. La sanction appropriée pour la violation d'un accord d'arbitrage n'est pas l'attribution de dommages-intérêts, mais son exécution. » Cf. aussi DAVID (R.) : *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*, 1932, p. 38.

La France, au contraire, a été beaucoup plus réticente pour reconnaître au juge le pouvoir de désigner d'office l'arbitre en cas de refus par l'une des parties de le nommer. Ce n'est qu'en 1936 que ce pouvoir a été reconnu au juge français (20).

Le droit pour les parties de révoquer l'arbitre est soumis à des conditions et à un contrôle très stricts des Cours de Common Law; celles-ci présument l'existence d'une clause de non-révocation. D'une façon générale, les Cours se montrent extrêmement réticentes pour prononcer la révocation d'un arbitre (21) : elles ne le feront que si la clause arbitrale, telle qu'elle est conçue, risque de conduire à une sentence erronée et si d'autre part ce risque ne peut être évité que par la révocation de l'arbitre lui-même; ou bien si l'arbitre a commis une erreur de droit très grave entraînant de sérieuses conséquences (22).

Les Cours de Common Law présument que toute clause arbitrale est valable et c'est au demandeur de prouver que la clause arbitrale ne s'applique pas à l'espèce (23).

Une autre preuve de la tendance remarquable du droit anglais à vouloir assurer la compétence de la juridiction arbitrale à l'égard des parties est le droit discrétionnaire des Cours de prolonger le délai prescrit à l'arbitre pour prononcer sa sentence.

2. — LA COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION ARBITRALE S'IMPOSE AUX COURS DE COMMON LAW.

A l'origine les Cours de Common Law se montraient très jalouses de la juridiction concurrente des arbitres. Mais peu à peu, devant leur succès et sous la contrainte d'autre part du législateur elles leur ont reconnu une compétence propre qu'elles respectent de plus en plus.

L'Arbitration Act de 1950 (section 4) donne aux Cours royales un pouvoir discrétionnaire pour connaître d'un litige qui entre

(20) Cas. civ., 5 novembre 1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-1942.

(21) Cf. STEPHEN J. dans *James v. James* (1889) 22 Ch. D. 669 : « I feel there is the strongest possible objection to it in any case which does not imperatively call for it »; TINDAL C.J. dans *James v. Atwood* (1839) 7 Scott 343 : « A very strong case for leave to revoke should be made out »; MATHEW L.J. dans *Belcher v. Roedean* (1901) 85 L.T. 468 : « An application for leave to revoke a submission is one to be granted with great caution. »

(22) Ainsi, dans les espèces *East and West India Docks v. Kirk and Randall* — 12 App. Cas. 738 — et *James v. James* — (1889) 22 Q.B.D. 673 — les Cours de Common Law ont estimé que l'erreur de droit commise par l'arbitre n'était pas suffisante pour annuler la sentence et qu'il fallait en plus prouver qu'il en était résulté de graves conséquences pécuniaires.

(23) Cf. *Vawdrey v. Simpson* [1896] 1 Ch. 166; *Heyman v. Darwins Ltd* [1942] A.C. 356-388.

dans le domaine d'application d'une clause arbitrale. Mais, en fait, les Cours font un usage très modéré de ce pouvoir, elles évitent dans toute la mesure du possible de se substituer aux juridictions arbitrales et d'écarter leur compétence (24).

Ainsi dans l'espèce *Heyman v. Darwins Ltd* (25), la Chambre des Lords a admis qu'une partie, bien qu'ayant révoqué le contrat, pouvait se prévaloir de la clause arbitrale. Récemment la *Queen's Bench* a déclaré également qu'une clause arbitrale liait encore les parties bien que le contrat soit resté entièrement inexécuté (26).

Nous voyons donc que la compétence de l'arbitre est bien établie aujourd'hui en droit anglais. Constatant les avantages de l'arbitrage et le succès de cette juridiction dans les litiges commerciaux, le législateur anglais, bientôt assisté par les juges de *Common Law*, lui ont reconnu une compétence propre s'imposant aux parties et aux autres tribunaux au même titre que celle d'une juridiction ordinaire.

III. — Les garanties juridictionnelles de l'arbitrage.

Le droit anglais entoure la justice de l'arbitre des garanties d'une véritable juridiction. D'une façon générale, la juridiction arbitrale obéit aux mêmes règles légales que les juridictions ordinaires, aussi bien pour les questions de procédure que de preuve (27). La clause d'amiable composition n'existe pas en droit anglais, les parties ne peuvent dispenser l'arbitre de l'observation des lois et des coutumes anglaises.

Comme une authentique juridiction le tribunal arbitral est soumis à un contrôle des juridictions supérieures, celui des Cours de *Common Law* que les parties ne peuvent écarter (28).

L'organisation des voies de recours met en relief l'idée de collaboration de la Cour et des arbitres, trait essentiel du système anglais. Le juge anglais ne considère pas les tribunaux arbitraux comme des juridictions rivales mais comme des auxiliaires précieux dont il recherche, dans toute la mesure du possible le concours. Le « *special case* » établit une sorte de division du travail entre la Cour et les arbitres : la question de fait reste soumise aux arbi-

(24) « The parties having come to an agreement to refer such an agreement must be considered binding between them and ought not lightly to be overturned », per Lord HATHERBY L.C. in *Kitchen v. Turnbull* (1871) 20 W.R. 253.

(25) [1942] A.C. 356.

(26) *Kruse v. Questier and Co.* [1953] 1 Q.B. 669. Cf. aussi H.F. Daniels Ltd v. Carmel Exporters and Importers [1953] 3 W.L.R. 216.

(27) Cf. RUSSELL : *On Arbitration*, 15^e éd., pp. 106-107.

(28) Cf. RUSSELL : *op. cit.*, p. 55.

tres, et la Cour est juge du point de droit qui lui est soumis sous forme d'un « special case » (29).

Les Cours disposent des voies de recours classiques, contre les jugements, l'annulation de la sentence (set aside) et la réforme de la sentence (saisie par une partie du litige déjà soumis à l'arbitre, la Cour n'élève pas l'exception d'incompétence et juge elle-même le litige) (30). Mais plutôt que ces voies de recours, les Cours préfèrent utiliser un autre moyen mis à leur disposition, inconnu de la plupart des autres systèmes juridiques, la « remission of the award » : au lieu d'annuler la sentence, les Cours la renvoient devant l'arbitre et la conservent ainsi tout en corrigeant l'erreur incriminée (31). Là encore, les Cours royales s'efforcent de collaborer avec les arbitres afin de donner au litige une solution équitable.

Ceci nous prouve la valeur que le juge anglais, et d'une façon générale le droit anglais, reconnaissent aux tribunaux arbitraux en tant que juridictions de fait. Dans la mesure où les parties préfèrent une autre juridiction à la sienne, le juge anglais reconnaît la supériorité de cette juridiction pour juger les faits et il évite de la supplanter dans toute la mesure du possible, limitant en général son contrôle aux questions de droit (32).

Le droit anglais semble donc considérer les tribunaux arbitraux comme de véritables juridictions dont les décisions offrent les mêmes garanties que celles des Cours officielles. Les arbitres sont tenus de respecter les règles et principes généraux du droit anglais et les Cours de Common Law vérifient qu'ils le font : leur justice procurera donc aux parties la qualité essentielle que celles-ci recherchent : la sécurité.

L'arbitrage anglais diffère ainsi profondément des arbitrages étrangers en général, institutions qui restent avant tout privées, dont

(29) Arbitration Act 1950, Sect. 21, sub. sect. 1.

(30) Arbitration Act 1950, Sect. 22 et 23 (2).

(31) D'une façon générale, on peut dire que les Cours annuleront la sentence au lieu de la renvoyer (remission) chaque fois que l'arbitre aura agi frauduleusement (*Dinn v. Blake* (1875) L.R. 10 C.P. 388) ou lorsqu'il aura commis une faute lourde, extrêmement grave, qui ferait douter de sa réelle capacité pour juger le litige (*Kiril Mischeff v. Constant Smith and Co.* [1950] 1 All. E.R. 890). *COCKBURN C.J.* déclare dans l'espèce *Re Hopper*, 36 L.J.Q.B. 97 : « Je voudrais faire remarquer que nous ne devons pas être trop empressés à annuler des sentences arbitrales alors que les parties ont décidé de se soumettre à la décision d'un tribunal de leur choix, à moins que nous découvririons qu'il y a eu des erreurs et des irrégularités dans le déroulement du procès. »

(32) Cf. *Kelanton v. Duff Development Co. Ltd* [1923] A.C. 409; *Race Course Betting Control Board v. Secretary of State* [1944] Ch. 14; *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal* [1951] 1 K.B. 711, 721.

la réglementation reste avant tout à la discrétion des parties. L'arbitrage anglais soumis dans une beaucoup plus large mesure à une réglementation légale est une institution mi-publique mi-privée.

Il nous reste à examiner maintenant si l'arbitrage, authentique juridiction, peut être regardé comme une juridiction commerciale.

SOUS-SECTION II

L'ARBITRAGE EST UNE JURIDICTION COMMERCIALE

I. — Le domaine d'application commercial de l'arbitrage.

Théoriquement, la compétence de la juridiction arbitrale est très étendue. Toute personne capable de contracter peut être partie à une convention arbitrale, et les matières qui peuvent en faire l'objet sont nombreuses et variées. Tous les litiges concernant les droits civils peuvent être réglés par voie d'arbitrage (33) : règlements de dommages, litiges concernant les biens personnels, ruptures de contrats, promesse de mariage, questions matrimoniales, dommages délictuels, actions en diffamation, questions de droit de propriété.

En fait cependant, l'arbitrage est une institution commerciale et les tribunaux arbitraux sont des juridictions commerciales à un double titre :

1° D'une part, les matières soumises à l'arbitrage sont pour la plupart des matières commerciales; on trouvera surtout des clauses arbitrales dans les contrats commerciaux. Les qualités de discrétion et de compétence technique des arbitres intéressent en effet principalement les commerçants;

2° D'autre part, la plupart des litiges commerciaux sont réglés par voie d'arbitrage (34). En Angleterre pratiquement tous les

(33) Cf. RUSSELL : *op. cit.*, p. 8.

(34) En 1874, la Judicature Commission déclarait :

« Les différends entre commerçants, dans neuf cas sur dix, ou même dans une plus grande proportion, sont réglés par voie arbitrale. »

La Commission royale de réforme judiciaire de 1934-1936 constate officiellement ce caractère de juridiction commerciale de la juridiction arbitrale :

« La grande majorité des documents maritimes et commerciaux contiennent une clause arbitrale... »

« Cette préférence de la communauté commerciale à régler ses litiges par l'arbitrage est méritée... » (Report of the Royal Commission on the Dispatch of Business at Common Law, 1934-1936, Cmd 5065, p. 31).

Lord GODDARD in *Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal* [1951] 1 K.B. 722 : « Les commerçants décident d'aller devant d'autres commerçants... »

Un barrister d'une des plus importantes Chambres de Londres nous a déclaré qu'en 1956 plus des deux tiers des litiges commerciaux dont sa Chambre avait eu à s'occuper avaient été réglés par voie d'arbitrage.

contrats commerciaux contiennent une clause arbitrale (35). La plupart des grandes entreprises ont leurs propres organismes d'arbitrage (36). Le tribunal arbitral apparaît donc comme la juridiction de droit commun des commerçants.

Toutefois pour regarder la juridiction arbitrale comme une juridiction commerciale, il convient d'entendre dans un sens très large la notion de cause commerciale. L'arbitrage n'est pas réservé, en effet, pas plus en fait qu'en droit, aux commerçants tels qu'ils sont définis traditionnellement en droit français. Les architectes insèrent par exemple couramment dans leurs contrats des clauses d'arbitrage.

Mais la juridiction arbitrale, si elle dépasse le cadre des commerçants, semble être cependant une sorte de juridiction professionnelle. Dans leur immense majorité les clauses d'arbitrage se trouvent dans les contrats professionnels, faits par des hommes d'affaires dans l'exercice de leur profession. La juridiction arbitrale est une sorte de juridiction des entreprises, des contrats professionnels, des contrats d'affaires, c'est donc bien une juridiction commerciale; les causes dont elle s'occupe sont des causes commerciales entendues dans le sens de « business causes ».

II. — La justice spéciale appliquée par l'arbitre.

La juridiction arbitrale se distingue-t-elle aussi par les règles qu'elle applique ? Instruit-elle à l'aide de règles spéciales les causes commerciales qui lui sont confiées ? C'est la question qu'il nous faut étudier maintenant.

La réglementation très stricte de l'arbitrage en droit anglais laisse présumer l'existence de règles spéciales appliquées par l'arbitre. Autrement pourquoi le juge de Common Law se montrerait-il si respectueux de la compétence de l'arbitre ? Le respect de la volonté des parties qui ont choisi la juridiction arbitrale ne semble pas être une explication suffisante. La réticence du juge anglais à supplanter l'arbitre même quand la loi l'y autorise, la manière dont il lui renvoie l'affaire (37), semblent s'expliquer, en partie en tout cas, par des raisons techniques. On a l'impression que le juge, de même d'ailleurs que le législateur anglais, estime l'arbitre mieux outillé que lui-même pour instruire ces sortes d'affaires.

(35) Cf. SOPER (J.) : *Arbitrations and Awards*, 1953, p. 15.

(36) Ex. London Corn Trade - Produce Brokers Association Oil and Fat Trades Association. Cf. : *A comparison of English and French Law and legal procedure*, London, 1947, p. 150.

(37) Il est intéressant de remarquer aussi la fréquence des « Arbitrations by consent of Court or by order of the Court ».

De plus, la faveur dont jouissent les juridictions arbitrales auprès des « business men » laisse présumer aussi que ceux-ci trouvent dans celles-là des règles judiciaires qu'ils apprécient et qui sont inconnues des Common Law Courts.

L'usage de règles spéciales par les juridictions arbitrales est d'ailleurs affirmé d'une façon catégorique par Lord Goddard dans un jugement récent : « Les commerçants choisissent d'aller devant d'autres commerçants parce qu'ils n'aiment pas, soit le droit que nous appliquons dans ce tribunal, soit nos règles de preuve, soit quelque chose de ce genre; ils aiment aller devant leur propre tribunal » (38).

La Commission royale de 1934-1936 constate aussi dans son rapport que si les juridictions arbitrales connaissent un succès croissant dans les litiges commerciaux, c'est parce que les règles qu'elles appliquent sont différentes de celles des Common Law Courts et plus adaptées aux besoins des commerçants. La commission ne s'étonne ni ne s'inquiète de la popularité de l'arbitrage dans la mesure où le litige soulève des questions techniques que les qualités techniques de l'arbitre justement mettent à même de résoudre mieux. Mais, étant donné qu'il y a des cas où les parties préfèrent la juridiction arbitrale bien que le litige porte sur des questions de droit, la commission en conclut, et le déplore, que les règles qu'applique l'arbitre sont mieux adaptées aux besoins du commerce. « Nous ne voulons pas dire que l'habitude de plus en plus répandue de choisir la justice arbitrale en cas de litige soit en aucune façon regrettable, dans la mesure où il s'agit d'arbitrages de valeur. Mais nous estimerions malheureux que, sur des sujets qui comportent des questions de droit, on puisse trouver que les Cours ne répondent pas totalement aux besoins du commerce moderne » (39).

Il existe une double différence entre les règles appliquées par les Common Law Courts et les juridictions arbitrales, une différence légale et une différence de fait.

(38) Lord GODDARD in *Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal* [1951] 1 K.B. 722 : « Business men choose to go before other business men and they go there because they do not like the law that is administered in this court or the way that we look at the admission of evidence or something of that sort; they like go before their own Tribunal. »

(39) Command papers : Report of Royal Commission on the Despatch of business at Common Law 1934-1936, Cmd 5065, p. 31 : « We do not suggest that the growing use of arbitration as an alternative to litigation is in any way a matter for regret, so far as "quality arbitrations" are concerned. But we think it unfortunate if, in matters where questions of law are involved, the courts are found to be somewhat out of touch with the requirements of modern business. »

1. — LA DIFFÉRENCE LÉGALE

Il existe d'abord une différence légale en ce sens que les Common Law Courts semblent admettre que les arbitres puissent appliquer certaines règles que les juridictions ordinaires, elles, ne se reconnaissent pas le droit d'appliquer.

1° *Les règles de procédure.*

En premier lieu les règles de procédure des juridictions arbitrales sont différentes de celles des Common Law Courts. Une justice rapide est absolument nécessaire, nous l'avons vu, pour les besoins du commerce, et une justice rapide veut une procédure simple. Or, si la juridiction arbitrale jouit d'un tel succès auprès des commerçants c'est justement parce qu'elle applique une procédure considérablement simplifiée. C'est ce que reconnaît la Commission royale de réformes judiciaires qui déclare dans son rapport (40) : « Cette préférence de la communauté commerciale à régler ses différends par l'arbitrage est due, sans aucun doute, à son absence de formalisme, à son caractère privé et à son atmosphère amicale, à l'économie des frais élevés de copie des documents et par-dessus tout au fait que la décision est rendue rapidement et à un jour fixe, choisi de façon à convenir au plus grand nombre possible des parties intéressées ». Et la Commission souhaite que la procédure de la Common Law soit réformée dans une certaine mesure en s'inspirant de la procédure simplifiée de l'arbitrage.

Cette simplification de la procédure dans les juridictions arbitrales est compréhensible et logique. L'arbitre étant choisi par les parties sera à la fois un expert technique et un homme de confiance. En raison de ses connaissances techniques il se mettra beaucoup plus vite au courant de l'affaire qu'un juge ordinaire et l'instruira tout aussi bien sans être tenu de faire une enquête aussi minutieuse et détaillée. Le différend sera ainsi réglé beaucoup plus rapidement que par une action devant les juridictions ordinaires (41).

Les juges de Common Law reconnaissent les avantages de la procédure arbitrale, et s'ils refusent souvent, même quand ils le pourraient légalement, de connaître une affaire à la demande de

(40) Report of the Royal Commission 1934-1936, p. 31 : « This preference of the commercial community for the settlement of their disputes by arbitration is due, no doubt, to its informality, privacy and friendly atmosphere, the saving of the great expense of copying documents, above all the facts that the issue is determined speedily on a fixed date, arranged to suit the convenience of the maximum number of the parties concerned in the dispute. »

(41) Cf. SOPER (J.) : *op. cit.*, p. 6.

l'une des parties (grant of leave to revoke) et de supplanter l'arbitre, c'est parce qu'ils savent que la procédure arbitrale est mieux adaptée à ce genre de litige qu'elle permettra de régler beaucoup plus rapidement (42).

Il est admis en droit anglais que l'arbitre n'est pas tenu de respecter les règles appliquées par les Cours de Common Law tant que les principes fondamentaux ne sont pas mis en cause. Ainsi dans *Tillam v. Copp* (43), la King's Bench Division a reconnu valable une sentence alors que l'arbitre avait refusé à un ami d'une des parties d'être présent au moment du règlement du différend et de l'assister de ses conseils, ce qu'un juge de Common Law n'aurait pas eu le droit de faire.

L'arbitre est libre de conduire le procès comme il l'entend (44), en matière d'arbitrage commercial; par exemple, la pratique est pour un tiers arbitre de signifier seulement aux arbitres le jour de l'audience sans s'occuper des parties (45). La procédure suivie par les Common Law Courts veut, au contraire, que les parties soient présentes au procès.

Il convient de remarquer, cependant, que si la justice arbitrale est une justice rapide comparée à celle des Cours royales ordinaires, elle apparaît parfois comme une justice lente comparée à celle de la Commercial Court. C'est ce qu'ont remarqué à plusieurs reprises des juges du Common Law dans des jugements récents (46), mettant ainsi en doute cette qualité de rapidité de la justice arbitrale. Mais nous verrons que la Commercial Court est en réalité elle-même une juridiction commerciale appliquant une procédure spéciale différente de celle des Common Law Courts ordinaires.

(42) Cf. : *Scott v. Van Sandan* [1841] 1 Q.B. 102, jugement de Lord DENMAN C.J. at p. 110; *Steamship « Den of Airlie » Co. Ltd v. Mitsui and Co. Ltd* (1912) 106 L.T. 451, jugement de VAUGHAM Williams L.J. at p. 454.

(43) (1847) 5 C.B. 211.

(44) Cf. *Hewlett v. Laycock* (2 C. and P. 574).

(45) Cf. *French government v. Tsuruschuna Maru (Owners)* (1921) 37 T.L.R. 961 et le jugement de Lord Justice SCRUTTON (p. 962) : « Pendant les trente ou quarante dernières années, il a existé à Londres une juridiction arbitrale qui appliquait une justice tout à fait différente de celle des Cours. La procédure était différente. Devant les Cours, les déclarations devaient être faites sous forme d'affidavits, tandis que, d'après l'usage de Londres, le témoignage sous serment de deux hommes connus suffisait; d'après cet usage, le juge arbitre, s'il n'avait pas été avisé que les parties désiraient être présentes, pouvait, de lui-même, désigner aux arbitres le jour où il examinerait et trancherait avec eux le litige. »

(46) Cf. *McNair J. dans Fairclough Dodd and Jones Ltd v. J.H. Vantal Ltd* [1955] 1 W.L.R. 642 à p. 648; *DEVLIN J. dans Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* [1957] 2 W.L.R. 713, dans *Peter Cassidy's Seed Company Ltd v. Osuustukkukauppa I.L.* [1957] 1 W.L.R. 273 et dans *Anglo-Saxon Petroleum Co. v. Adamastos Shipping Co. Ltd* [1957] 2 W.L.R. 509 à p. 517.

D'autre part, les cas relevés par les juges où les litiges auraient été réglés beaucoup plus rapidement par la Commercial Court que par les juridictions arbitrales sont sans doute des cas exceptionnels où des circonstances particulières avaient retardé le jugement des arbitres. De toute façon, la procédure arbitrale n'en reste pas moins différente de celle des Cours royales ordinaires.

2° *Les règles de preuve.*

L'originalité des règles appliquées par les juridictions arbitrales dépasse le simple domaine de la procédure, les règles de preuve aussi différent de celles appliquées par les Common Law Courts.

L'arbitre est choisi par les parties en fonction de ses connaissances techniques, c'est par définition un expert dans la matière qui fait l'objet du différend. Ce seul fait justifie l'admission de modes de preuve plus souples que devant le juge ordinaire. Son enquête n'a pas besoin d'être aussi minutieuse et détaillée que celle du juge; sa connaissance professionnelle de l'affaire doit lui permettre d'aller beaucoup plus vite en ayant recours à des modes de preuve plus simplifiés (47). Aussi des preuves qui seraient jugées insuffisantes devant une Common Law Court sont admissibles devant une juridiction arbitrale dans la mesure où l'arbitre peut les compléter et remédier à leur insuffisance par ses connaissances professionnelles.

Ainsi, dans l'affaire *Mediterranean etc. Co. v. Fortress Fabrics* (48), l'arbitre a condamné une partie à payer une certaine somme de dommages-intérêts, bien qu'aucune preuve n'ait pu être apportée quant à l'étendue des dommages subis. L'arbitre a fait lui-même l'évaluation des dommages et la King's Bench Division a admis que sa qualité d'expert lui permettait de le faire et de suppléer ainsi à l'absence de preuve.

3° *L'esprit dans lequel est appliqué le droit dans les sentences arbitrales.*

L'originalité de la juridiction arbitrale anglaise ne se limite pas à ses règles de procédure et de preuve. Même l'esprit qui anime l'arbitre lorsqu'il examine l'affaire qui lui est soumise est différent de celui du juge ordinaire.

(47) « Lorsque l'arbitre est une personne spécialement qualifiée, le fait que la preuve apportée par les parties soit en elle-même insuffisante pour fonder une décision, n'empêche pas que la sentence soit rendue si l'arbitre a pu lui-même, par ses connaissances professionnelles, remédier à cette insuffisance. » Cf. RUSSELL : *op. cit.*, p. 157.

(48) [1948] 2 All. E.R. 186. Cf. aussi *Cie Argentina de Pesca v. Eagle Oil Shipping Co.* (1940) 65 Ll. L. Rep. 168.

L'impression qui se dégage des « arbitration cases » est que l'arbitre anglais est un juge qui cherche la solution pratique. C'est ce que lui demandent les parties qui, nous l'avons vu, sont en fait des hommes d'affaires voulant avant tout un règlement de bon sens de leur différend. Aussi l'arbitre anglais jugera en équité plus qu'en justice pure, il jugera en fait plus qu'en droit. Il cherchera à donner une solution qui soit conforme aux besoins de la pratique plus que vraie en droit pur.

L'espèce *James v. James and Bendall* illustre assez bien ce fait. L'un des juges de la Queen's Bench Division, Denman J. déclare qu'une erreur de droit commise par l'arbitre ne mérite pas d'être sanctionnée parce qu'elle entraîne des conséquences pécuniaires peu importantes, tandis que l'annulation d'une sentence dans une espèce antérieure se justifiait, dit-il, parce que la sentence mettait en jeu des sommes considérables (49).

« L'affaire de *East and West India Docks v. Kirk and Randall* (12 App. Cas 738) était tout à fait particulière. C'était une affaire très importante, et si on avait laissé l'arbitre se tromper, des millions de livres sterling auraient été perdues. Mais il n'en est pas de même ici. Dans l'affaire actuelle, la seule question que l'arbitre avait à décider était celle de savoir si le droit de garde des actes et des documents des clients du testateur du demandeur était passé aux défendeurs en vertu de la convention sur la cession de la clientèle, question qui est comparativement d'importance insignifiante. »

Pour que la sentence soit annulée, il faudra que l'erreur de droit commise par l'arbitre entraîne des conséquences importantes, qu'elle soit grave et soit la cause directe de la sentence (par exemple « un témoignage irrecevable qui concerne le fond du litige ») (50).

Ceci nous montre que les Common Law Courts elles-mêmes, quand elles jugent les différends soumis aux juridictions arbitrales, qui sont en fait toujours des différends commerciaux, le font avec

(49) 22 Q.B.D. 669 : « The case of *East and West India Docks v. Kirk and Randall* (12 App. Cas. 738) was an extremely peculiar case; it was one of vast proportions, and if arbitrator had been allowed to go wrong, many thousands of pound would have been thrown away. But that is not the case here. In the present case the only question which the arbitrator had got to decide was whether the right of the custody of the deeds and papers belonging to the clients of the plaintiff's testator passed to the defendants under the agreement for the transfer or the goodwill, a matter which is of comparatively trifling importance. »

(50) Cf. *Hagger v. Baker* (1845) 14 L.J. Ex. 227, où la sentence n'a pas été annulée parce que l'erreur de droit n'a pas déterminé directement la sentence.

Walford Baker and Co. v. Macfie and Sons (1915) 84 L.J. K.B. 2221, où l'erreur de droit commise par l'arbitre ayant déterminé directement la sentence, celle-ci a été annulée.

un esprit différent plus soucieux des réalités pratiques que respectueux du droit pur. Or, c'est bien là la caractéristique d'un juge de commerce.

Ainsi on peut dire qu'en droit anglais, les litiges soumis à l'arbitrage sont examinés par l'arbitre et même par le juge quand il contrôle les décisions de l'arbitre, avec un esprit commercial. En matière arbitrale, on cherche une solution conforme aux besoins de la pratique, aux besoins du commerce. La valeur purement juridique de la décision passe au second plan. Alors que pour le juge ordinaire, le droit est une fin qu'il cherche à faire respecter dans ses jugements, pour l'arbitre anglais ce semble être simplement un moyen de trouver une solution pratique.

2. — DIFFÉRENCE DE FAIT

Il existe aussi une différence de fait entre les règles appliquées par les Common Law Courts et les juridictions arbitrales.

D'une part il est possible pour les juridictions arbitrales d'appliquer des règles contraires au droit anglais. Si elles avaient à exercer leur contrôle, les Cours royales annuleraient de telles sentences. Mais l'arbitre en droit anglais n'ayant pas à donner de motifs de droit à sa sentence (51), celle-ci échappe en partie au contrôle du juge, car elle ne peut être annulée, hors le cas de « misconduct » de l'arbitre, que si son texte même révèle l'erreur de droit dont elle procède.

D'autre part, et c'est en cela que consiste surtout la véritable différence, les parties dispensent presque toujours l'arbitre de respecter les règles trop strictes de la Common Law. Théoriquement les parties peuvent dispenser n'importe quel Common Law Judge de suivre certaines règles de preuve (52). Mais en fait elles ne le font pas, le juge ne demande en pratique jamais aux parties leur autorisation de ne pas respecter les règles de preuve inadaptées à l'espèce. C'est ce que déplore la Commission royale de 1953 (53) qui constate les grands avantages qu'entraîne cette pratique devant la Commercial Court ou les juridictions arbitrales. Au contraire,

(51) Ce qui montre que l'interdiction de la clause d'amiable composition en droit anglais est surtout théorique et que dans la pratique elle peut être facilement tournée, puisque le droit anglais permet à l'arbitre d'échapper au contrôle du juge, en ne donnant pas de motifs de droit à sa sentence. Cf. DAVID (R.) : *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*, 1932, p. 107.

(52) Evidence Act 1938, subsection 2 of Section 1. Order XXX, Rule 2.

(53) Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure 1953, Cmd 8878, Section IV, p. 88.

les parties dispensent en fait toujours l'arbitre de respecter les règles trop strictes de Common Law, souvent même cette dispense est présumée et l'arbitre jouit en fait d'une grande latitude, à tel point qu'on a pu dire que seulement en matière arbitrale la preuve est libre (54).

C'est pourquoi, alors que les modes de preuve devant les Common Law Courts sont en fait très stricts, alors que les faits doivent être prouvés par témoins se présentant en personne devant la Cour et sujets à « cross-examination », que la preuve par écrit ou affidavit n'est pas admise, que les lettres ou documents existant avant que le différend ne soit né ne font pas preuve, au contraire devant les juridictions arbitrales, par suite de l'accord des parties, la preuve est en fait réellement libre, la preuve écrite aussi bien que par témoins est admise, l'arbitre a en fait toute discrétion pour admettre comme modes de preuve les documents, rapports et lettres concernant les questions en litige, même si leur existence est antérieure au litige (55).

Il convient de préciser toutefois que si les modes de preuve sont en fait beaucoup plus libres devant les juridictions arbitrales, les principes fondamentaux de la Common Law quant au droit de la preuve s'imposent à l'arbitre anglais comme au juge (56). Ainsi le principe général de la Common Law de la libre défense des parties veut que celles-ci puissent avoir connaissance de toutes les preuves apportées par la partie adverse pour pouvoir les réfuter et que l'arbitre comme le juge entende les déclarations des deux parties (57).

Il est difficile de savoir exactement en quoi consiste ce droit de fait et dans quelle mesure il s'écarte de la Common Law, car les sentences des juridictions arbitrales, juridictions privées, ne sont pas publiées. Mais il semble que l'originalité de ce droit soit très

(54) Report of the Royal Commission on the Dispatch of Business at Common Law 1934-1936, p. 31.

(55) « L'arbitre commercial se voit d'habitude accorder le pouvoir de fonder sa décision sur toutes les preuves qu'il lui plaît d'accepter... » Report of the Royal Commission 1934-1936, p. 31. Cf. aussi *Knox v. Symmonds* (1791) 1 Ves. 369, qui pose le principe que l'arbitre jouit en droit anglais d'une plus grande latitude que le juge. Cf. également *Hagger v. Baker* (1845) 14 L.J. Ex. 227.

(56) C'est ce qu'exprime clairement Lord Justice FARWELL dans *Re Enoch and Jaretsky, Bock and Co.* [1910] 1 K.B. 336, quand il dit : « Il est certain que les Cours accordent, tout au moins en fait, une liberté considérable aux arbitres pour admettre les preuves; mais poser comme principe général qu'ils ne sont pas tenus par les règles de preuve me semble être entièrement faux et me semble risquer de conduire à une grande injustice. »

(57) Cf. *Matson v. Trower* (1824) Ry and Moo 17; *Re Fuerst Bros and Stephenson* (1951) 1 Lloyd s. Rep. 429.

grande et dépasse le seul domaine de la procédure et du droit de la preuve. Il semble que ce droit appliqué par les juridictions arbitrales rompt parfois avec les principes mêmes du droit de la Common Law.

C'est du moins ce que révèle clairement un jugement de Lord Justice Scrutton qui déclare dans l'affaire *Hillas and Co. Ltd v. Arcos Ltd* (58) :

« Je regrette que dans nombre de matières commerciales le droit anglais et la pratique commerciale s'écartent de plus en plus, avec ce résultat que les litiges commerciaux quittent les Cours et sont jugés par les arbitres commerciaux qui se réfèrent rarement à l'avis des Cours. »

Lord Scrutton donne trois exemples de la justice qu'appliquent les juridictions arbitrales conformément aux désirs des commerçants, et qui sont absolument contraires au droit de la Common Law.

1° En Common Law, un contrat n'a de force juridique qu'entre les parties contractantes, or, déclare L. J. Scrutton, la justice arbitrale en décide tout autrement :

« Les commerçants réalisent un nombre considérable d'affaires en utilisant le système du "contrat collectif" d'après lequel A qui a passé un contrat avec B, se retrouve devant la juridiction arbitrale avec Z, qu'il ne connaissait pas auparavant et avec lequel, au regard du droit, il n'a pas de rapport contractuel » (59).

2° Lorsqu'il y a faute contractuelle, violation d'une clause d'un contrat, la sanction prévue par la Common Law est la résolution du contrat. Cependant, constate L. J. Scrutton, les businessmen obtiennent devant les juridictions arbitrales une autre sanction, les dommages-intérêts compensatoires : le contrat sera maintenu, il y aura simplement une réparation en argent.

« Leur idée que les dommages-intérêts constituent une réparation suffisante en cas de rupture de contrat diffère entièrement du

(58) 36 Com. Cas. 353 et p. 368 : « I regret that in many commercial matters, the English Law and the practice of commercial men are getting wider apart, with the result that commercial business is leaving the courts and being decided by commercial arbitrators with infrequent reference to the Courts. » Cf. aussi CHORLEY (R. S. T.) : « The conflict of Law and Commerce », 48 L.Q.R. 1932, p. 51.

(59) 36 Com. Cas. 353 et p. 368 : « Commercial men carry on an enormous mass of business under the system of "string contract", under which A, who has made a contract with B, goes to arbitration with Z, for whom he never before heard and with whom he has in the eyes of the law no contractual relations. »

point de vue du droit d'après lequel la sanction juridique est la *résiliation du contrat* » (60).

3° Enfin un engagement de contracter est couramment admis en pratique par les juridictions arbitrales, alors qu'un tel engagement n'a pas de valeur en *Common Law* :

« Le commerçant ne croit pas qu'un engagement de contracter soit interdit puisque chaque jour il voit une police « prime à convenir » traitée par le droit comme un contrat » (61).

Nous voyons donc que les juridictions arbitrales si elles sont théoriquement tenues d'appliquer les règles de la *Common Law* connaissent en fait une pratique commerciale qui leur est propre. L'ampleur de la distinction entre ce droit de fait appliqué par les juridictions arbitrales et le droit de la *Common Law* est très grande, puisqu'elle atteint même les principes fondamentaux du droit.

*
**

L'arbitrage anglais est historiquement une institution commerciale : il a été créé par les « Merchants », il s'est développé parmi eux. Aujourd'hui, cette institution présente toutes les caractéristiques d'une authentique juridiction et elle semble être encore une juridiction essentiellement commerciale : les particularités de sa procédure et de sa réglementation intéressent surtout les commerçants, et ce sont en fait eux qui l'utilisent (62).

Il existe donc, en droit anglais, au moins sous la forme de l'arbitrage, une juridiction commerciale de fait, autonome. L'unité de juridiction qu'avait prétendu réaliser les Cours de *Common Law* au XVIII^e siècle n'est donc pas parfaite, elle souffre en tout cas une exception.

L'existence d'une juridiction commerciale autonome est d'ailleurs tellement nécessaire que les Cours de *Common Law*, elles-mêmes, ont dû par la suite créer, au sein de leur propre organi-

(60) 36 Com. Cas. 353 et p. 368 : « Their view of damages as a sufficient remedy for breach of contract entirely differs from the law's remedy of rejection. »

(61) *Id.* : « The commercial man does not think there can be no contract to make a contract when every day he finds a policy " premium to be agreed " treated by the law as a contract. »

(62) Le fait que l'arbitrage ait toujours été et apparaisse encore comme la juridiction ordinaire des commerçants, et qu'il applique un droit de fait particulier, montre que les matières commerciales ne s'accommodent pas de la procédure classique de la *Common Law*, qu'elles exigent, dans le système juridique anglais, comme dans les autres systèmes, une justice spéciale. Or, si les questions commerciales réclament l'application d'un droit spécial, c'est qu'elles se distinguent foncièrement des autres questions, même en droit anglais, c'est qu'elles constituent une discipline autonome.

sation, un tribunal commercial, la Commercial Court. C'est cette deuxième exception à l'unité de la justice anglaise que nous allons étudier maintenant.

SECTION II

LA COMMERCIAL COURT : JURIDICTION COMMERCIALE DES COMMON LAW COURTS

Nous avons vu que dès le XVIII^e siècle, les Cours royales avaient perdu la confiance des « Merchants ». Les longs délais des actions en justice, l'incertitude des jugements rendus par jury en matière commerciale avaient créé un tel mécontentement parmi les commerçants en général que les clauses arbitrales étaient devenues de règle dans les contrats commerciaux. L'arbitrage, simple justice privée, ne donnait cependant pas entière satisfaction aux commerçants, car si les arbitres réglaient rapidement les différends commerciaux, ils le faisaient souvent aux dépens des droits légaux de l'une des parties.

Dès 1870, les « Merchants » commencèrent à faire des pétitions en faveur d'une juridiction commerciale. La « Judicature Commission » reconnut en 1874 (63) le bien-fondé de leurs revendications, l'inaptitude des Cours royales à régler d'une façon satisfaisante les litiges commerciaux, et recommanda l'instruction des affaires commerciales par un juge assisté d'assesseurs. En 1892, un rapport d'un Conseil de juges recommanda l'établissement d'une « liste commerciale » ce que fit la Queen's Bench Division en créant par la notice de 1895 la « Commercial Court » (64). Il s'agit en fait seulement d'un arrangement pratique, entre les juges de la Queen's Bench Division qui ont le droit d'organiser comme ils l'entendent le fonctionnement de leurs Cours (65). Pas plus l'appui du Parlement que celui du « Rule Committee » ne fut demandé. Théoriquement, aucune nouvelle juridiction ne fut créée. Les juges de la Queen's Bench Division simplement modifièrent l'organisation interne de leurs Cours de façon à instruire plus rapidement et plus économiquement les « causes commerciales ». Ils espéraient ainsi restaurer la confiance du monde commercial dans la capacité des

(63) *Parl Papers*, 1874, T. XXIV, Reports from Commissioners, XIII.

(64) Cf. *Law Times Journal*, 9 Feb. 1895.

(65) « ... A practice agreed upon by the Judges of the Q.B.D. who have the right to deal by convention amongst themselves with the mode of the business of their courts » (*The Annual Practice*, 1956, p. 3807).

Cours royales à régler d'une façon satisfaisante les litiges commerciaux (66).

L'histoire de la Commercial Court est instructive, elle nous montre comment se fit sentir de plus en plus le besoin d'une juridiction commerciale; elle nous révèle la particularité des questions commerciales en droit anglais, particularité telle que malgré tous leurs efforts, les juridictions ordinaires n'ont jamais pu les traiter convenablement et qu'une juridiction spéciale a dû être créée finalement.

Sans doute cette Commercial Court n'a pas de consécration officielle : elle n'a pas été créée par le Parlement mais par la Queen's Bench Division. Celle-ci n'ayant pas le pouvoir de créer une nouvelle juridiction, déclare que la Commercial Court ne se distingue pas des autres Cours.

Néanmoins, l'étude de la composition de la Commercial Court, de sa compétence et des règles qu'elle applique montre qu'elle est, en fait, une juridiction autonome au même titre que les tribunaux de commerce français.

I. — La composition de la Commercial Court.

Dans le but d'établir une justice commerciale efficace et rapide, les membres de la Queen's Bench Division décidèrent en 1895 que les affaires commerciales seraient désormais jugées par le magistrat le plus au courant de la pratique commerciale.

Le juge de la Commercial Court présentera donc les mêmes qualités que celui du tribunal de commerce français. Certes, les juges du tribunal de commerce sont des commerçants, et ceux de la Commercial Court des magistrats professionnels, choisis parmi les avocats les plus éminents, mais étant donné le mode de recrutement des juges anglais, la différence est plus apparente que réelle et dans les deux cas le résultat obtenu est identique : le juge de chaque tribunal sera parfaitement au courant des usages et coutumes du commerce. Les magistrats anglais sont d'anciens praticiens; celui de la Commercial Court sera en fait généralement un ancien avocat commercial autant au courant de la pratique et des règles

(66) Cf. MATHEW (T.) : *The practice of the Commercial Court*, London, 1902, p. 14. Cf. GUTTERIDGE : « Le Tribunal de commerce en Angleterre », *Journal du Droit international* (Clunet), 1923, p. 25.

commerciales que le commerçant français juge du tribunal de commerce (67).

II. — La compétence de la Commercial Court.

Pour qu'une cause soit jugée par la Commercial Court, il faut que l'une des parties en fasse la demande au juge qui, s'il l'accepte, l'inscrit sur la « commercial list ».

Aussi nous faut-il rechercher suivant quels critères le juge décide qu'une cause est commerciale. Quels sont les caractères de la « commercial cause » ?

Les jugements nous montrent que la compétence de la Commercial Court est limitée à certaines causes bien précises :

1° D'abord une « commercial cause » doit concerner des questions commerciales : marchandises, affrètement, assurance, titres commerciaux. Ce principe que seules les questions portant sur des matières commerciales peuvent être inscrites sur la « commercial list » a été posé en 1937 dans l'espèce *Hagen v. National Provincial Bank Ltd* (68). Dans un jugement antérieur, en 1911, dans l'affaire *Barnes v. Lawson* (69) Scrutton J. avait déclaré que toute action, même non commerciale, à laquelle la procédure de la Commercial Court convenait, pouvait être inscrite sur la commercial list.

Mais en 1937 la Cour d'appel a rejeté cette règle : le juge doit refuser de transférer sur la « commercial list » une action qui n'est pas commerciale. « A mon avis », déclarait Greer L. J. (70), « rien dans le Judicature Act et rien dans les Règlements en application du Judicature Act n'obligeait Scrutton J. à prendre cette décision parce que, d'après ces règlements, il existe des règles spéciales de procédure applicables aux affaires inscrites sur la liste commerciale qui ne sont pas applicables aux affaires ordinaires. »

(67) Cf. GUTTERIDGE : « Le Tribunal de commerce en Angleterre », *Journal du Droit international* (Clunet), 1923, p. 21 : « On dresse un tableau des magistrats qui ont acquis l'expérience de la procédure commerciale et ce sont seulement ceux dont le nom y figure qui ont le droit de siéger au Tribunal de commerce. Ainsi le juge auquel l'affaire est confiée excelle à manier les règles du droit commercial... Les plaideurs qui ont recours au Tribunal de commerce trouvent un avantage inestimable dans l'assurance que le juge auquel sera confié leur différend est aussi familiarisé avec les affaires commerciales qu'avec le droit commercial. »

(68) [1938] 1 K.B. 169 (C.A.).

(69) 1911 16 Com. Cas. 74.

(70) [1938] 1 K.B. 169 (C.A.) at p. 173 : « There was nothing in the Judicature Act and nothing in the Rules made under the Judicature Act which rendered necessary the decision of Scrutton J. because under the Rules there are special Rules of practice applicable to cases in the commercial list which are not applicable in an ordinary case. »

Ce jugement est important parce qu'il montre clairement que l'organisation spéciale de la Commercial Court, ses règles particulières, ont été établies en fonction de la nature spéciale des « commercial causes ». C'est pourquoi une cause qui n'est pas commerciale ne peut être jugée par la Commercial Court, même si les règles appliquées par celle-ci lui conviennent;

2° La cause commerciale doit porter ensuite sur un point de droit commercial. Dans un cas comme celui de l'espèce *Sea Insurance Co. v. Carr* (71) les questions soulevées portaient sur des points de droit international et de droit constitutionnel, aussi la cause ne fut-elle pas considérée comme commerciale;

3° Enfin, la « commercial cause » doit soulever des problèmes difficiles dont la solution réclame une connaissance spéciale. L. J. Lopes déclare dans l'espèce *Baerlein v. Chartered Mercantile Bank* (72) :

« A mon avis, la Cour fut établie non seulement pour s'occuper des affaires qui pouvaient être jugées rapidement (je ne dis pas approximativement ni facilement), mais spécialement pour instruire toutes les affaires commerciales difficiles, dont l'instruction pourrait être fort longue ailleurs, et celles qui demandent une compétence spéciale pour être jugées correctement. »

Cette caractéristique de la commercial cause est bien illustrée par l'espèce *Thompson v. Bates and Son Ltd* (73). Une action avait été intentée devant la Chancery Division à propos du remboursement d'une somme d'argent, et d'une déclaration du demandeur, qui prétendait ne pas avoir à indemniser, en tant que commettant, son préposé, un courtier, pour les pertes que celui-ci avait subies dans des opérations sur le « London Metal Exchange ». Les défendeurs demandèrent son transfert à la « Commercial Court ». La Cour déclara que le simple fait que l'action portait sur une affaire commerciale n'était pas une raison suffisante pour qu'elle soit inscrite sur la commercial list. « A mon avis, n'importe quel juge de la Chancery Division peut parfaitement comprendre ce procès... L'examen juridique de la cause nous révèle une histoire très simple et soulève une question de droit très simple; il ne comporte pas, comme dans l'espèce *Baerlein v. Chartered Bank*, l'exa-

(71) [1901] 1 K.B. 7 (C.A.).

(72) [1895] 2 Ch. 488 (C.A.) at p. 495 : « I think the Court was established not only for trying cases that could quickly be disposed of (I do not use the words roughly and readily), but that it was established especially to try all difficult commercial cases, cases which might take a long time to try elsewhere, and cases that require special knowledge for their proper determination. »

(73) [1920] W.N. 355.

men d'une volumineuse correspondance commerciale, pas plus qu'il n'exige une grande habitude des affaires commerciales.... Quant à la question d'un jugement satisfaisant, l'affaire, sera, à mon avis, tout aussi bien jugée par la Chancery Division » (74).

Ainsi, la cause commerciale ne sera inscrite sur la commercial list que si, étant donné sa nature, elle sera jugée d'une façon plus rapide, plus économique, et plus satisfaisante par la Commercial Court (75).

LE CONTRÔLE DE LA COUR D'APPEL

La classification d'une cause en commerciale ou non commerciale ne dépend donc pas du choix arbitraire du juge. La cause commerciale a certaines caractéristiques que le juge doit respecter et la Cour d'appel vérifie que la classification faite par le juge est correcte.

Au début, ce contrôle de la Cour d'appel fut très discuté. Un premier jugement, *Barry v. Peruvian Corporation* (76), reconnut incidemment un droit d'appel contre une décision donnant une classification incorrecte à une « commercial cause » :

« Lorsqu'une cause est commerciale », déclare L. J. Rigby, « le demandeur a un droit absolu de demander au juge chargé des affaires commerciales de l'inscrire sur la liste commerciale... Si un doute s'élève sur la question de savoir si l'espèce constitue une cause commerciale, il est pratique et commode d'accorder au défendeur un droit de recours; mais le seul point sur lequel il pourra faire appel est la question de savoir si la cause est ou non une cause commerciale. »

(74) P. O. LAWRENCE J. at p. 355 : « In my judgement this action is one which is really understandable by any judge of the Chancery Division... The Statement of Law tells a very simple story and raises a very simple question of Law and does not as did *Baerlein v. Chartered Bank* involve the consideration of an enormous amount of mercantile correspondence, nor does it require great familiarity with commercial business... As regards a satisfactory trial, in my judgement the case will be just as satisfactorily tried in the Chancery Division. »

(75) Le lien entre la cause commerciale et la juridiction commerciale n'est donc pas aussi étroit en Angleterre qu'en France où toutes les causes commerciales sont nécessairement de la compétence des tribunaux de commerce.

(76) [1896] 1 Q.B. 208 (C.A.): « The plaintiff in a commercial cause », déclare L. J. RIGBY, « has an absolute right to go before the judge charged with commercial business to ask for the insertion of the cause on the commercial list... If a doubt arises whether the case is a commercial cause it is practical and convenient to give the defendant leave to apply; but the only thing that he can apply about is the question whether the cause is or is not a commercial cause. »

Mais c'est en 1901, dans l'affaire *Sea Insurance v. Carr* (77), que la Cour d'appel reconnut définitivement le droit absolu des parties à faire appel contre une décision du « Commercial Judge » donnant une qualification inexacte à une cause.

La Commercial Court a donc une compétence bien définie, elle est la juridiction exclusive de certaines « commercial causes » bien précises.

COMPARAISON ENTRE LA COMPÉTENCE COMMERCIALE FRANÇAISE ET ANGLAISE

La notion de cause commerciale.

La distinction de la cause commerciale et de la cause civile est en France une distinction fondamentale; le juriste français considère qu'elles sont différentes par leur nature même. Mais en fait, la définition et le critérium que le droit français applique à la cause commerciale étant vagues, abstraits et difficiles à mettre en pratique, ne font pas apparaître son caractère propre. Le droit français applique tantôt un critère objectif, tantôt un critère subjectif à la cause commerciale; il la définit tantôt par son objet, tantôt par ses sujets. Aussi la distinction est arbitraire et factice : des causes seront déclarées commerciales qui en réalité sont civiles par leur nature (78).

En droit anglais, au contraire, la notion et la définition de la « commercial cause » dépend de considérations pratiques, de technique judiciaire. Il s'agit d'une distinction technique : les « commercial causes » sont celles qui ne s'accommodent pas de la justice des tribunaux ordinaires. Le juge anglais ne cherche pas à définir la nature propre de la « commercial cause »; il ne s'inquiète même pas de savoir si celle-ci a une nature fondamentalement différente de la cause civile. Il examine la question d'une façon pratique. Il cherche simplement à savoir si une espèce donnée nécessite une instruction particulière; si elle soulève des questions de droit commercial vraiment originales et difficiles, le juge la déclare « commercial » et l'inscrit sur la « commercial list ». Le critérium de la « commercial cause » est donc la difficulté des problèmes de droit commercial que soulève une espèce.

Mais en réalité ce critérium révèle une nature tout à fait originale de la « commercial cause ». Etant donné que, par définition, le « Commercial Judge » connaît seulement les causes soulevant des questions commerciales qui ne sauraient être convenablement

(77) [1901] 1 Q.B. 7.

(78) Notamment avec l'application de la théorie de « l'accessoire ».

examinées par une juridiction ordinaire, en raison justement de leur caractère particulier, la « commercial cause » sera donc toujours par là même, en fait, une cause originale distincte des causes ordinaires. Le critérium appliqué par le juge anglais met donc en valeur la nature propre de la cause commerciale.

Ainsi, alors qu'aujourd'hui la compétence du tribunal de commerce français est arbitraire et ne tient en fait pas compte de la nature propre des causes qu'il instruit, celle de la Commercial Court est déterminée par des règles logiques, établies en fonction du caractère spécial de la « commercial cause ». Les causes qu'instruit la Commercial Court sont tellement marquées par l'empreinte commerciale qu'en réalité elles se distinguent par leur nature même des causes civiles. Sans doute cette nature spéciale de la « commercial cause » n'est-elle pas pour le juriste anglais, plus soucieux de réalités pratiques que de logique juridique la raison d'être de sa distinction ni de l'existence d'une juridiction spéciale, mais la distinction, telle que l'applique le juge anglais, fait en tout cas nettement apparaître cette nature propre.

Le paradoxe est amusant : le droit français fonde théoriquement sa distinction sur la nature propre de la cause commerciale ; mais la distinction telle qu'elle est appliquée ne respecte pas cette nature propre. Le droit anglais, lui, théoriquement ne fonde pas sa distinction sur une nature particulière de la « commercial cause », mais la distinction dans la pratique fait apparaître cette nature. En droit français la théorie insiste sur la nature de la cause commerciale mais la pratique l'oublie. En droit anglais la théorie ignore la nature de la « commercial cause », la pratique la fait apparaître.

La compétence commerciale

La compétence de la juridiction consulaire française est beaucoup plus étendue que celle de la Commercial Court ; elle connaît de toutes les affaires commerciales alors que le tribunal anglais ne connaît que de celles qui sont vraiment originales. Ainsi le tribunal de commerce se présente comme la juridiction de droit commun des affaires commerciales, la Commercial Court comme une juridiction d'attribution.

Du point de vue de la compétence *ratione materiae*, la Commercial Court semble différer plus des Common Law Courts que les tribunaux de commerce des juridictions civiles françaises. Les tribunaux de commerce connaissent de toutes les affaires commerciales, même si en fait elles sont très analogues aux affaires civiles ; la Commercial Court ne connaît que des affaires vraiment originales, totalement différentes des affaires « civiles ».

Ceci nous explique pourquoi il est beaucoup plus difficile de déceler et de définir la cause commerciale en France qu'en Angleterre. En Angleterre, s'agissant d'une compétence technique, de l'aptitude spéciale d'une juridiction à juger certaines affaires, la qualification d'une cause en commerciale ou non dépendra en grande partie de l'appréciation personnelle du juge commercial. Au contraire, la distinction française étant une distinction de fond, la qualification d'une cause ne saurait en aucune façon dépendre de la discrétion du juge; il faut donc trouver un critérium absolu et très précis, de la cause commerciale. C'est ce qui explique que les conflits de juridiction en matière commerciale soient courants en droit français alors qu'ils n'existent pratiquement pas en droit anglais; le « Commercial Judge » anglais a un certain pouvoir discrétionnaire, pour qualifier une cause de commerciale, la qualification du juge français, elle, est beaucoup plus impersonnelle, elle est soumise à des critères plus rigides dont les juridictions supérieures contrôlent beaucoup plus étroitement l'application.

La définition de la cause commerciale est donc plus étroite en Angleterre qu'en France. Mais la notion de cause commerciale existe dans les deux systèmes juridiques et c'est elle qui délimite l'étendue de la compétence des juridictions commerciales : Commercial Court et tribunaux de commerce connaissent uniquement des affaires commerciales. Ayant ainsi respectivement une compétence spéciale et bien définie, ils doivent être considérés l'un comme l'autre comme des juridictions spéciales.

Le fait que la Commercial Court n'ait pas une compétence commerciale générale mais seulement limitée à certaines affaires, est particulièrement intéressant. Le juge anglais en n'acceptant d'appliquer une justice spéciale aux affaires commerciales que quand elles présentent des particularités qui les empêchent de s'accommoder de la justice classique, reconnaît ainsi implicitement :

1° La nature foncièrement originale de certaines affaires commerciales;

2° Que cette nature originale veut l'application d'un droit particulier, si limité soit-il.

III. — La procédure spéciale de la Commercial Court.

Une juridiction autonome applique généralement une justice spéciale. Le fait que la Commercial Court ait été créée pour la convenance des parties nous laisse présumer qu'elle applique des règles particulières satisfaisant ces parties. D'une façon générale la procédure de la Commercial Court est plus simple et plus rapide que celle des juridictions ordinaires.

1° Le juge saisi de l'affaire l'instruit depuis le début. Les parties n'ont pas à commencer à adresser leurs demandes au « Master of the Supreme Court » comme elles doivent le faire devant les Cours ordinaires de Common Law.

« En ce qui concerne les causes commerciales des villes, il est considéré comme souhaitable, de façon à obtenir un procès rapide et économique, que toutes les requêtes soient adressées directement au juge chargé des litiges commerciaux, et en ce qui concerne les causes commerciales des campagnes, que les requêtes puissent, par consentement des parties, lui être adressées de la même manière » (79).

2° La procédure interlocutoire est réduite au minimum. L'action en justice est très rapidement introduite dans une affaire commerciale, car on suppose que les parties ont auparavant examiné en détail leur différend et préparé le procès. Le demandeur doit être en mesure d'expliquer exactement au juge la question en litige, et le défendeur la défense qu'il entend opposer.

3° Les plaidoiries ne sont pas nécessaires ou en tout cas sont simplifiées car, comme le dit un juge anglais, la Commercial Court a été créée essentiellement pour rendre la justice en matière commerciale plus rapide et plus économique : « pour éviter à la fois les dépenses et les délais dans les procès commerciaux en allégeant toute cette procédure vaine et inutile dont, avec les règles actuelles, les plaideurs peuvent profiter avant que leur cause ne vienne en jugement » (80) :

Parfois on estime que l'inscription de l'action et que les notes prises par le juge au cours de la demande de transfert constituent un exposé suffisant de la position des parties et on ordonne que l'affaire soit jugée sans plaidoirie (81). Dans les cas où on estime nécessaire que la défense soit établie par écrit, on ordonne au « solicitor » du défendeur d'écrire une lettre au « solicitor » du demandeur exposant les points de défense, et on considère que cette lettre constitue le rapport officiel de la défense (82).

(79) 1895, notice, par. 3 : « With respect to town commercial causes, it is considered desirable, with a view to dispatch and the saving of expense, that all applications shall be made directly to the judge charged with commercial business, and with respect to country commercial causes, applications may by consent of the parties be made to him in like manner. »

(80) Lord ESHER, M. R., dans *Hill v. Scott* (1895) 1 Com. Cas., p. 204 : « To avoid both expense and delay in the trial of commercial causes by abridging all those useless and idle proceedings of which litigants can under the present rules, avail themselves, before an action comes on for trial. »

(81) *Tyser v. Shipowner's Syndicates (Reassured)* 1895 1 Com. Cas. 224.

(82) *Laing v. Union Marine Insurance Co.* (1895) 1 Com. Cas. 11; *Hill v. Scott* (1895) 1 Com. Cas., p. 203.

On dispense toujours de plaider les faits qui ne sont pas contestés; l'accord des parties est simplement consigné dans un rapport. Si cependant des plaidoiries sont estimées nécessaires, pour bien marquer l'importance de la brièveté et de la concision, on les décrit comme exposant simplement les conclusions de la demande et de la défense (points of claim and points of defence).

4° Un jour précis est fixé pour l'audience.

5° La preuve se fait essentiellement par l'échange de documents, la preuve orale est très peu utilisée. Théoriquement, il n'y a pas de règles spéciales de preuve; mais comme, devant la Commercial Court, les parties dispensent en fait toujours le juge d'appliquer certaines règles légales de preuve concernant la recherche de la preuve écrite, les interrogatoires, la preuve orale, les contre-interrogatoires (cross examination), on peut dire qu'en pratique les règles de preuve appliquées par le juge commercial sont différentes de celles appliquées par le juge ordinaire (83).

La Commercial Court semble donc en fait appliquer une justice spéciale et c'est bien ce que reconnaissait cet auteur anonyme anglais quand il déclarait peu après la création de la Commercial Court (84) :

(83) Cf. GUTTERIDGE : « Le Tribunal de commerce en Angleterre », *Journal de Droit international* (Clunet), 1923-23.

Il convient de remarquer que devant les Common Law Courts ordinaires les parties peuvent théoriquement toujours aussi, par accord mutuel, dispenser le juge d'observer certaines règles légales de preuve; mais en fait elles ne le font jamais, comme l'observe la Commission royale de 1953 (Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure 1953, sect. IV, p. 88). C'est pourquoi, en pratique, les règles de preuve appliquées par la Commercial Court apparaissent comme réellement différentes de celles appliquées par les autres Cours royales.

Cf. ROCHE J., 1931 W.N. 132.

(84) *The Edimburg Review*, n° 379, January 1897 : « For the first time in the history of English Law, the commercial section of the people have a Court solely for the purpose of settling the disputes which arise in the course of business, with a rough and ready procedure which is supposed to be more in harmony with the needs of the day than the more elaborate system which is employed in the other Common Law actions. True no special rules have been made which abrogate any general rules in the case of commercial causes; but we must not be deluded by phrases and though eminent members of the Board may say that there's no difference between the procedure in use in the Commercial Court and in that of any other part of the Q.B.D., it is impossible to shut our eyes to actual facts. It has been said truly enough in one sense, that there is no such tribunal as a Commercial Court, and that there is simply one judge of the High Court who is selected to try a particular class of actions which are entered for trials. But here again we must take facts as we find them and the fact is that, to all interests and purposes, there is a Court or a Division call it what you will, specially organised for the purpose of trying commercial causes. »

« Pour la première fois dans l'histoire du droit anglais les commerçants ont un tribunal dont la seule fonction est de trancher les différends qui naissent dans l'exercice du commerce, et qui applique une procédure sommaire et facile supposée être davantage en harmonie avec les nécessités de l'époque que le système compliqué utilisé dans les autres actions de la Common Law. Il est exact que l'on n'a pas établi de règles spéciales qui abrogent une règle générale en cas de procès commercial, mais nous ne devons pas nous laisser abuser par des mots et, bien que des membres éminents de la magistrature disent qu'il n'y a pas de différence entre la procédure de la Commercial Court et celle de n'importe quelle autre Cour de la Queen's Bench Division, il n'est pas possible de ne pas voir les faits tels qu'ils sont. On a dit avec raison en un sens qu'il n'existe pas de tribunal constituant une Cour commerciale, mais qu'il y a simplement un juge de la Haute Cour choisi pour juger une catégorie particulière d'actions en justice. Mais ici encore, il nous faut prendre les faits comme ils sont; or le fait est que, conformément à l'intérêt et aux désirs de tous, il existe une Cour ou une Section, appelez-la comme vous voulez, spécialement organisée pour juger les causes commerciales. »

L'originalité de la Commercial Court et des règles qu'elle applique est également nettement affirmée par les « solicitors » en 1902 dans leur rapport demandant l'extension des règles de la Commercial Court à toutes les Cours royales :

« Aujourd'hui, bien que cela ne soit pas tout à fait justifié, l'habitude s'est sans aucun doute développée de considérer que les causes commerciales de la King's Bench Division sont soumises à des règles de procédure spéciales et exceptionnelles, comme si ces causes différaient fondamentalement de toutes les autres affaires de la King's Bench Division. On semble vouloir considérer la procédure de la Cour commerciale comme une procédure spéciale créée pour une catégorie spéciale d'affaires et inapplicable aux actions ordinaires de la Common Law » (85).

*
**

La Commercial Court est donc en fait une véritable juridiction commerciale : elle est composée de juges spécialistes des affaires commerciales, elle a une compétence exclusivement commerciale et

(85) Cf. *Sol. J.*, 46, 644 : « Now, though it cannot be strictly justified, there undoubtedly has grown up a practice of treating commercial causes in the K.B.D. as if they were governed by special and exceptional rules of practice and procedure, as if they were essentially different from all other cases in K.B.D. It seems to be sought that the practice of the Commercial Court is a special practice created for a special class of case and inapplicable to ordinary Common Law actions. »

elle applique des règles parfaitement adaptées aux besoins du commerce.

Aujourd'hui, même les juges anglais la considèrent comme telle (86) et ils reprochent de plus en plus aux commerçants d'avoir recours à l'arbitrage de préférence à la Commercial Court alors que celle-ci est beaucoup plus adaptée aux besoins du commerce (87).

Aussi, bien qu'elle n'ait pas d'assise officielle, mais parce qu'elle a une composition et une compétence particulière et qu'elle applique des règles spéciales, au moins de procédure, la Commercial Court semble pouvoir être considérée comme une juridiction autonome, comme la juridiction de certaines affaires commerciales.

Ainsi, en créant cette « Commercial Court », les Cours de Common Law ont, elles-mêmes, détruit au moins en partie le principe de l'unité de juridiction et de justice qu'elles avaient si péniblement établi un siècle auparavant (88).

SECTION III

LA JURIDICTION DE L'AMIRAUTÉ

Enfin le droit anglais semble connaître une troisième juridiction commerciale, la juridiction de l'Amirauté. Théoriquement, la Cour de l'Amirauté n'est pas une juridiction autonome, elle est simplement une partie de la Probate Divorce and Admiralty Division dont la compétence n'est pas limitée aux affaires maritimes mais qui connaît aussi des litiges concernant la vérification des titres de successibles, les litiges en matière de mariage ou de filiation.

(86) Cf. DEVLIN (P.), 14 M.L.R. 1951, p. 250 : « La Cour commerciale se vante d'appartenir autant à la Cité de Londres qu'à l'appareil judiciaire... Tout ceci signifie qu'en matière commerciale, les juristes désirent en général satisfaire les besoins de leur public... Ignorant la dignité un peu distante des Cours ordinaires de justice qui semblent estimer que le plaideur devrait toujours être satisfait de ce qu'il obtient, le droit commercial et les Cours commerciales se font un point d'honneur à attirer les commerçants et à s'occuper de leurs affaires d'une façon qui leur donne toute satisfaction. »

(87) McNAIR J. dans *Fairclough Dodd and Jones Ltd v. J.H. Vantala Ltd* [1955] 1 W.L.R. 642 à p. 648; DEVLIN J. dans *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* [1957] 2 W.L.R. 713, dans *Peter Cassidy's Seed Company Ltd v. Osuustukkukauppa 1 L.* [1957] 1 W.L.R. 273, et dans *Anglo-Saxon Petroleum Co. v. Adamastos Shipping Co. Ltd* [1957] 2. W.L.R. 509 à p. 517.

(88) Bien entendu, l'existence de cette Commercial Court ne signifie nullement qu'il y ait autonomie complète des juridictions et de la justice commerciale, puisque tous les recours contre les jugements de la Commercial Court vont devant les juridictions ordinaires.

Néanmoins, bien que partie de la Probate Divorce and Admiralty Division, la juridiction de l'Amirauté semble pouvoir être considérée en fait dans une certaine mesure comme une juridiction commerciale car elle a une compétence exclusivement commerciale et applique une justice un peu spéciale.

La juridiction de l'Amirauté est compétente pour tout ce qui concerne le commerce maritime des marchandises (89). Les Cours de Common Law semblent d'ailleurs interpréter d'une façon extensive l'étendue de cette compétence maritime (90).

La Cour de l'Amirauté applique aussi dans une certaine mesure une juridiction particulière depuis que l'application des règles spéciales de la Commercial Court a été étendue à sa juridiction en 1908 (91).

La partie maritime du droit commercial anglais est donc ainsi administrée par une juridiction particulière.

La prétendue unité technique du droit anglais souffre donc des exceptions en ce qui concerne les règles de justice.

Les litiges commerciaux semblent être soumis en Angleterre à des juridictions spéciales. D'une part, l'arbitrage apparaît comme la juridiction ordinaire de fait de la plupart des litiges commerciaux, entendus dans le sens très large de litiges d'affaires portant sur l'exécution de contrats professionnels. D'autre part, la Commercial Court apparaît comme la juridiction officielle d'attribution des litiges foncièrement commerciaux, dont la nature est tellement originale qu'ils ne peuvent s'accommoder de la justice ordinaire des Common Law Courts.

Enfin, il existe une juridiction spéciale pour les affaires commerciales maritimes, la juridiction de l'Amirauté.

A l'exemple de juridictions commerciales, la réglementation de la composition, de la compétence et de la procédure de ces juridictions anglaises a été faite en considération des seuls intérêts du commerce, et elle diffère notablement de celle des Common Law Courts.

La justice anglaise n'apparaît donc pas comme unifiée, une justice commerciale semble nettement se distinguer de la justice

(89) Cf. Administration of Justice Act 1956, s. 1.

(90) Cf. Schwarz and Co. (Grain) Ltd v. St. Elefthero Ex Arion (Owners) [1957] 2 W.L.R. 935.

(91) Cf. Roscoe (E.S.) : *The Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5^e éd., Londres, 1931, p. 393 (Admiralty Short Cause Rules, 1908, 1930, 1931).

ordinaire du droit anglais, ayant ses fondements propres et dans une certaine mesure ses règles propres (92).

Ainsi, même dans leur tentative d'unification technique du droit civil et commercial, les Cours de Common Law paraissent avoir échoué en tout cas partiellement. Les exemples du droit de la propriété mobilière, du contrat, de l'organisation judiciaire nous montrent, en effet, que dans une certaine mesure les matières commerciales restent soumises à des règles particulières.

(92) Le fait qu'en dépit du principe de l'unité de la Common Law, une justice spéciale ait été établie en pratique pour les litiges commerciaux apporte une nouvelle preuve de la particularité des questions commerciales en droit anglais, de l'existence d'un certain droit commercial.

CONCLUSION

Nous voyons donc que l'unification du droit civil et du droit commercial est loin d'être absolue en droit anglais.

Historiquement, le droit anglais repose sur le principe de la distinction fondamentale du droit civil et commercial. Depuis ses origines et jusqu'au XVIII^e siècle, il connut un droit commercial absolument distinct du droit ordinaire, ayant ses sources et ses règles propres. L'unification qui a eu lieu au XVIII^e siècle n'est pas le fruit d'une réforme imposée par la logique, mais par la rivalité des Cours de Common Law et des juridictions commerciales. Aussi cette unification est-elle plus superficielle que réelle, plus formelle que substantielle.

Certes, désormais les marchands ne bénéficient plus d'un droit particulier ni de tribunaux spéciaux; la juridiction des Cours de Common Law s'impose aujourd'hui à tous. Une certaine unification a donc été réalisée en ce sens que le droit anglais ne connaît plus de droit des marchands, de droit de classe.

Mais nous avons vu que l'idée d'un droit commercial distinct du droit commun subsiste en ce sens que les activités commerciales, les activités économiques en général, sont soumises à un droit spécial, ayant une nature et une utilité particulières. Les matières maritimes, d'abord, restent soumises à une réglementation basée sur les principes de l'ancienne Law Merchant et non sur ceux de la Common Law. D'autre part, le droit appliqué aux matières commerciales en général a gardé ses sources originales, les coutumes, qui jouent dans les matières commerciales un rôle inconnu dans les autres branches du droit anglais, et ce droit repose sur des fondements qui lui sont propres : le fondement matérialiste caractérisé par le recherche d'un but exclusivement économique et le fondement d'intérêt public conduisant à une intervention particulière des pouvoirs publics.

L'originalité de ce droit commercial se traduit même dans ses règles : l'unification technique qu'avaient prétendu réaliser les Cours de Common Law, et plus tard Lord Mansfield, n'est en effet que relative. Des règles spéciales, notamment en matière de contrat, s'appliquent encore aux commerçants et aux activités commerciales; d'autre part, on constate la réapparition de juridictions et d'une justice commerciale particulières.

Différent par son origine, par sa nature, par son objet et même dans une certaine mesure par ses règles, ce droit n'a-t-il pas tous les caractères d'une discipline juridique *sui generis* ?

En réalité, l'unification du droit anglais est plus théorique que réelle. Une distinction entre un certain droit commercial et le *corpus juris* général, sans être reconnue officiellement, paraît bien exister en fait comme le montre clairement le grand juriste Guttridge, quand il dit (1) :

« En réalité, il n'est pas possible de donner une définition positive des limites du droit commercial anglais; car bien que dans la pratique l'on se rende parfaitement compte de ces limites, la doctrine s'est toujours refusée à reconnaître leur existence. Nous avons ainsi un résultat qui paraît paradoxal à première vue. Il y a des manuels qui traitent spécialement du droit commercial, il y a des juristes particulièrement experts dans cette branche du droit et qui consacrent leur activité à sa pratique et à son enseignement, mais les théoriciens du droit anglais refusent encore de reconnaître le droit commercial comme ayant une existence indépendante du *corpus juris* général et le traitent plus spécialement tout au plus comme une simple branche du droit des contrats. »

Ce refus de reconnaître l'existence d'un droit commercial indépendant, alors que ce droit est vivant et continue à se développer, est d'autant plus étonnant que l'Equity, corps de règles fixé et qui ne se développe plus, elle, est en fait reconnue, dans une certaine mesure, comme une branche de droit autonome.

Mais cette survivance de fait de ce droit commercial, malgré les efforts d'unification des juristes anglais, ne nous révèle pas moins la nature foncièrement originale des questions commerciales qui ne peuvent s'accommoder des règles du droit commun.

L'exemple du droit anglais confirme l'enseignement tiré des autres systèmes juridiques : pratiquement, dans aucun pays, l'unification du droit privé n'a été réalisée complètement. Les Pays-Bas, l'Allemagne, la France ont établi une distinction formelle,

(1) « Le Tribunal de commerce en Angleterre », *Journal du droit international* (Clunet), 1923-19.

mais ces pays reconnaissent que cette distinction est artificielle et qu'elle doit être repensée; la Suisse et l'Italie ont réalisé une unification formelle, mais personne ne conteste qu'il subsiste une distinction de fond, entre droit civil et commercial. Enfin, même dans le système juridique de la Common Law, si l'unité de principe du droit est affirmée officiellement, en réalité un certain droit commercial semble bien se distinguer du droit commun.

L'exemple du droit anglais semble indiquer d'autre part que c'est dans le sens d'un droit des activités économiques en général (et pas seulement professionnelles) que la question de l'autonomie du droit commercial doit être envisagée aujourd'hui.

Ainsi, si la plupart des pays ont été amenés à abandonner la distinction traditionnelle, tous, même l'Angleterre, ont en fait repris cette distinction sous une autre forme. Partout une nouvelle notion de droit commercial se dégage. La distinction du droit civil et du droit commercial, sous une forme ou sous une autre, persiste donc à travers les siècles; c'est sans doute un des principes juridiques dont parle M. Ripert (2) « qui sont liés à notre état de civilisation et en assurent le maintien ». A celui qui estime que la prééminence des valeurs morales est l'un des caractères fondamentaux de notre civilisation, le maintien d'un droit civil distinct du droit commercial apparaîtra, au milieu du matérialisme des temps modernes, comme une contribution intéressante à la défense de ces valeurs.

Vu,

Le Président de la thèse :

R. DAVID.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques :*

J. HAMEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

J. SARRAILH.

(2) *Le déclin du droit*, 1949, Préface, p. VI.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES FRANÇAIS

I. — OUVRAGES GENERAUX

- ARMINJON, NOLDE et WOLFF : *Traité de droit comparé*, Paris, 1950.
- DAVID (René) : *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950.
— *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, 1950.
— *Cours de doctorat : Droit comparé, 1951-1952 : Introduction au droit des Etats-Unis d'Amérique*.
- EISENMANN (Charles) : *Cours de doctorat 1952-1953*.
- ESCARRA (Jean) : *Cours de droit commercial*, nouvelle édition, Paris, 1952.
— *Cours de droit commercial complémentaire et comparé 1951-1952*.
- GUTTERIDGE (H. C.) : *Le droit comparé, introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, 1953.
- HAMEL (Joseph) et LAGARDE : *Traité de droit commercial*, Paris, 1954.
- LÉVY-BRUHL (Henri) : *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955.
- LÉVY-ÜLLMANN : *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris, 1928.
- LIPPMANN (Walter) : *La cité libre*, 1938.
- MARCHAL (André) : *Introduction à l'étude du droit*, T. I : « Les rapports du droit et de l'économie politique », Paris, 1953.
- MARCHAL (Jean) : *Cours d'économie politique*, T. I, Paris, 1956.
- RIPERT (G.) : *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1^{re} édition (1948) et 2^e édition (1954).
— *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948.
— *Le déclin du droit*, Paris, 1949.
— *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949.
— *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951.
— *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.
- RIPERT (G.) et BOULANGER : *Traité de droit civil*, T. I et II, Paris, 1956.
- SAVATIER (R.) : *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1949.
- TUNC (André et Suzanne) : *Le droit des Etats-Unis d'Amérique - Sources et techniques*, Paris, 1955.
- VECCHIO (G. DEL) : *Philosophie du droit*, Paris, 1953.

II. — OUVRAGES ET ARTICLES SPECIAUX

- Avant-projet de Code civil* présenté à M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice, par la Commission de réforme du Code civil, Paris, 1953.
- BAGGE (Algot): « L'unification internationale du droit commercial », *Unification du droit*, Rome, 1948, p. 252.
- BRUN (André) et SEFFERT (M. C.): « Rapport présenté au Congrès des anciens élèves de l'enseignement supérieur commercial », Lyon, 26 juin 1954, *Rev. trim. dr. com.*, 1954-763.
- DAVID (René): « Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé », Paris, 1932.
- « Rapport sur l'unification interne du droit privé en France », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954, p. 93.
- GIVERDON (C.): « Le droit commercial - Droit des commerçants - Le critère de la profession commerciale », *J.C.P.*, 1949-1-770.
- « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *Rev. trim. dr. com.*, 1953-855.
- GUTTERIDGE (H. C.): « Le Tribunal de commerce en Angleterre », *Journal du droit international* (Clunet), 1923-21.
- « La Grande-Bretagne et le mouvement pour l'unification », *Unification du droit*, Rome, 1948, p. 284.
- HAMEL (Joseph): « Les rapports du droit civil et du droit commercial en France », *Annales de droit commercial*, 1933-183.
- « Les conventions de Genève sur les effets de commerce et les méthodes d'unification du droit privé », *Unification du droit*, Rome, 1948, p. 270.
- « Droit civil et droit commercial en 1950 », *Etudes offertes à G. Ripert*, Paris, 1950-II-261.
- HOUIN (R.): « Rapport sur l'unification du droit privé en France », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954, p. 106.
- HORNBY (J. A.): « Réforme du droit des sociétés en Grande-Bretagne », *Rev. trim. dr. com.*, 1949-13.
- HORNSEY (G.): « Tendances récentes du droit anglais des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1953-125.
- LÉVY-ULLMANN (Henri): *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, Paris, 1922.
- LYON-CAEN (Ch.): « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », *Livre du Centenaire*, 1904, T. I.
- LYON-CAEN (Gérard): « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *Rev. trim. dr. com.*, 1949-577.
- MITCHELL (L. M.): « Rapports du droit civil et du droit commercial en droit anglais », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1934-188.
- PHILONENKO (Maximilien): Note au S. 1956, J. 116.
- PIRET (R.): « Vers l'unification du droit civil et du droit commercial », *Revue de la Banque*, 1946-225.
- RIPERT (G.): « La commercialisation du droit civil français », *Mélanges Maurovic*, 1934.
- ROBERT (Jean): *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, Paris, 1955.
- ROUAST (André): Travaux de la Semaine internationale du droit: « Influence du Code civil dans le monde », *Recueil des Actes*, 1954-907.

- STRAUSS (A.): « Les tribunaux commerciaux et l'arbitrage en Angleterre et en France », *Rev. pol. et parlem.*, 1936-252.
- « L'organisation des juridictions commerciales en Angleterre », *Bull. Soc. lég. com.*, 1930-179.
- THALLER: « De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial », *Livre du Centenaire*, 1904, T. I, p. 225.
- Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés*, Paris, 1950.
- TUNC (André): « Rapport sur l'unification du droit privé en France », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954, p. 112.
- VAN RYN: « Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial ». *Rev. trim. dr. com.*, 1953-565.
- VASSEUR: « Urgence et droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1954-403.

III. — THESES

- BOURDEL (Alain): *L'inscription des marques de fabrique en droit anglais*, Paris, 1950.
- CUNIN (Robert): *L'injonction dans le droit anglais des contrats*, Paris, 1952.
- LANDRAU (Marguerite): *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, Paris, 1932.
- MACKAY (Hector): *La revendication des meubles en droit anglais par comparaison avec le système français*, Paris, 1924.
- MALAURIE (Philippe): *Les contrats contraires à l'ordre public* (étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S.), Paris, 1951.
- MERMILLOD (Louis): *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux U.S.A.*, Paris, 1954.
- PICOT (Jean): *La Cour commerciale (Commercial Court) de Londres*, Paris, 1937.
- THOMAS (Armand): *La justice commerciale en droit comparé*, Paris, 1932.
- TURMEL (Laure): *L'imprévision dans le droit anglais des contrats*, Paris, 1954.

OUVRAGES ANGLAIS

I. — OUVRAGES GENERAUX

- Annual Practice (The)*, 1956.
- CHESHIRE and FIFOOT: *Law of Contract*, 4^e édition, Londres, 1956.
- CHITTY (J.): *On Contracts*, 21^e édition, Londres, 1955.
- CLERK and LINDSELL: *Torts*, 11^e édition, Londres.
- FRIEDMANN (W.): *Law and social change in contemporary Britain*, 1^{re} édition, Londres, 1951.
- *Legal theory*, 3^e édition, Londres, 1953.
- GUTTERIDGE (H. C.): *Comparative law*, Cambridge, 1949.
- HOLDSWORTH (W.): *A history of English law*, vol. I, 7^e édition, Londres 1956; vol. V, 2^e édition, 1937; vol. VIII, 1^{re} édition, Londres, 1925.
- PLUCKNETT (T.): *A concise history of the Common Law*, 4^e édition, Londres.

POLLOCK (F.): *On Contract*, 13^e édition, Londres.

POUND (Roscoe): *An introduction to the philosophy of law*, Londres, 1954.

SALMOND: *Law of Torts*, 11^e édition, Londres, 1954.

WILSHERE (A.M.): *The principles of the Common Law*, 6^e édition, Londres, 1951.

WINFIELD (P.): *On Tort*, 6^e édition, Londres, 1954.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

BEWES (W.A.): *The Romance of the Law Merchant*, Londres, 1923.

CHANCE (E.W.): *Principles of Mercantile Law*, 12^e édition, Londres.

CHARLESWORTH (J.): *The principles of Mercantile Law*, 8^e édition, Londres, 1951.

CHITTY (J.): *Mercantile Contracts*, 1^{re} édition, Londres, 1955.

CHORLEY (Lord) et GILES (O.L.): *Shipping Law*, Londres, 1950.

DAVIS (A.G.): *The law relating to commercial letters of credit*, 2^e édition, Londres, 1954.

GOWER (L.C.B.): *Modern Company Law*, Londres, 1954.

GRIFFITHS (O.): *Elementary Mercantile Law*, 8^e édition, Londres, 1951.

GUTTERIDGE (H.C.): *The law of Bankers commercial credit*, 1^{re} et 2^e éditions, Londres.

MATHEW (T.): *The practice of the Commercial Court*, Londres, 1902.

PRÄUSNITZ (O.): *Commercial Contracts*, Londres, 1937.

ROSCOE (E.S.): *The Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5^e édition, Londres, 1931.

RUSSEL (F.): *On Arbitration*, 15^e édition, Londres, 1952.

SOPER (J.): *Arbitrations and awards*, 8^e édition, 1953.

SCRUTTON (T.E.): *The elements of Mercantile Law*, Londres, 1891.

— *Charterparties and Bills of Lading*, Londres, 1955.

SMITH (J.W.): *Mercantile Law*, 13^e édition, Londres, 1931.

WRIGHT (F.J.): *Commercial Law*, vol. 1948.

III. — ARTICLES SPECIAUX

CHORLEY (R.S.T.): « *The conflict of Law and Commerce* », 48 *L.Q.R.* 1932-69.

DEVLIN (P.): « *The relation between commercial law and commercial practice* », 14 *M.L.R.* 1951-249.

ESCARRA (J.): « *English and French Company Law* », 11 *C.L.J.* 1951-20.

GOODHART (A.L.) and HAMSON (C.J.): « *Undisclosed principals in contract* », 4 *C.L.J.* 1932-356.

GUTTERIDGE (H.C.): « *Lord Mansfield, a comparative jurist of the 18th century* », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1935, T. III, 241.

— « *Contract and Commercial Law* », 51 *L.Q.R.* 1935-117.

HAMSON (C.J.): « *Civil Procedure in France and England* », 10 *C.L.J.* 1950-411.

HARRWITZ (W.): « *Company Law reform and the ultra vires doctrine* », 62 *L.Q.R.* 1946-75.

JUDICATURE COMMISSION 1874, *Parlia. Papers*, 1874, vol. 24.

REPORT (*the final report*) OF THE COMMITTEE ON Supreme Court Practice and Procedure 1953, *Cmd* 8878.

REPORT OF THE ROYAL COMMISSION on the dispatch of business at Common Law 134-36, *Cmd* 5065.

SCHMITTHOFF (C.M.): « Commercial Law in action », *Sol. J.*, 1957, vol. 101.

DROIT ETRANGER

ALLEMAGNE (République fédérale)

MOLLER (Hans): « L'unification interne du droit privé dans la République fédérale allemande », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954.

ETATS-UNIS D'AMERIQUE

McCURDY: « Commercial letters of credit », 1922, 35 *Harvard Law Review*, 539.

UNIFORM COMMERCIAL CODE PHILADELPHIA 1950.

WALLACH (F.): *Introduction to European Commercial Law*, New York, 1953.

YNTEMA (Hessel): « Unification de la législation nationale aux U.S.A. », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954.

ITALIE

VIVANTE (C.): « Un Code unique des obligations », *Annales de droit commercial*, 1893-1 et 1925-65.

PAYS-BAS

MEYERS (E.M.): « L'unification du droit civil et du droit commercial aux Pays-Bas », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954.

PIRET (René): « L'abandon du concept d'acte de commerce et de commerçant et des règles propres au commerce dans le droit néerlandais », *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1949-73.

SUISSE

OFTINGER (Karl): « Le droit commercial et le droit civil dans la législation suisse », *Unification interne du droit privé*, Paris, 1954.

TABLE DES DECISIONS FRANÇAISES CITEES

Cas. civ., 10 juillet 1843, S. 1843-I-561.....	143
Cas. civ., 5 novembre 1936, Gaz. Pal. 1936-2-942.....	145
Cas. com., 6 mars 1956, J.C.P. 1956-II-9373.....	143
Cas. req., 12 février 1906, S. 1906-I-492.....	143
Paris, 15 décembre 1954, J.C.P. 1955-II-8675.....	143

TABLE DES « CASES » CITES

- A.G. of Australia v. Adelaide Steamship Co. [1913] A.C. 795 : 94.
 Alvion Steamship Corporation Panama v. Galbon Lobo Trading Co. S.A. of Havana [1951] 1 Q.B. 430 : 54.
 Andrews v. Hopkinson [1956] 3 W.L.R. 732 : 131.
 Anglo Saxon Petroleum Co. v. Adamastos Shipping Co. Ltd :
 [1957] 2 W.L.R. 509 : 59, 60, 152, 170.
 [1957] 2 W.L.R. 968 : 60, 61.
 Argentina de Pesca v. Eagle Oil Shipping Co. 1940 65 Ll. L. Rep. 168 : 153.
 Attwood v. Lamont [1920] 3 K.B. 571 : 91.
- Baerlin v. Chartered Mercantile Bank [1895] 2 Ch. 488 : 162.
 Barnes v. Lawson (1911) 16 Com. Cas. 74 : 161.
 Barry v. Peruvian Corporation [1896] 1 Q.B. 208 : 163.
 Bechuanaland Exploration Co. v. London Trading Bank [1898] 2 Q.B. 658 : 46, 112.
 Belcher v. Roedean (1901) 85 L.T. 468 : 145.
 Beresford v. Royal Insurance Co. [1938] A.C. 586 : 92.
 Biddel v. Clemens Horts [1911] 1 K.B. 214 : 50.
 Bishop and Baxter Ltd v. Anglo Eastern Trading and Industrial Co. Ltd [1944] 1 K.B. 12 : 57.
 British Bank v. Turquand (1856) 6 E and B 327 : 102 ss.
 British Steamship Owner's Association v. Chapman and Co. (1935) 41 Com. Cas. 15 : 61.
 Brown v. Sheen and Richmond Car Sales Ltd [1950] 1 All. E.R. 1102 : 131.
 Browne v. Merewell (1561) 2 Dyer 216 b : 140.
 B.T.H. v. Federated European Bank [1930] 2 K.B. 176 : 103.
- Cole v. North Western Bank (1875) L.R. 10 C.P. 354 : 108.
 Comptoir d'achat et de vente du Boerenbond Belge S.A. v. Luis de Ridder Limitada [1949] A.C. 293 : 51.
 Conflans Stone Quarry Co. v. Parker (1867) L.R. 3 C.P. 1 : 42.
 Cooke v. Eshelby 12 App. Cas. 271 : 123.
 Cope v. Cope (1885) 52 L.T. 607 : 142.
 Crouch v. Crédit Foncier (1873) L.R. 8 Q.B. 384 : 42, 111, 112.
 Crown Milling Co. v. The King [1927] A.C. 402 : 95.
- Daniels (H.E.) Ltd v. Carmel Exporters and Importers [1953] 3 W.L.R. 216 : 142, 146.
 Darlington Wagon Co. v. Harding Co. [1891] 1 Q.B. 245 : 141.
 Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C. [1956] A.C. 696 : 120.
 Denneby v. Jolly (1874) 22 W.R. 449 : 142.
 Dexters Ltd v. Schenker and Co. (1923) 14 Ll. L. Rep. 586 : 48, 129.

- Diamond Alkali Export Corporation v. Fl. Bourgeois [1921] 3 K.B. 443 : 50.
 Dinn v. Blake (1875) L.R. 10 C.P. 388 : 147.
 Dixon v. Rovill (1856) 3 Macq H.L.C.L. : 42.
 Downdale's Case 6 God. Rep. 47 b : 26.
 Du Jardin v. Beadman Bros [1952] 2 Q.B. 712 : 63, 100, 117.
 East and West India Docks v. Kirk and Randall 12 App. Cas. 738 : 145, 154.
 Eastern Distribution Ltd c. Goldring (Murphy Third Party) [1957] 3 W.L.R. 239 : 109, 113.
 Edelstein v. Schuler [1902] 2 K.B. 144 : 46, 62, 112 ss.
 English Hopgrowers Ltd v. Dering [1928] 2 K.B. 174 : 96.
 Fairclough Dodd and Jones Ltd v. J.H. Vantal Ltd [1955] 1 W.L.R. 642 : 152, 170.
 Folkes v. King [1923] 1 K.B. 282 : 100.
 French Government v. Tsurushuna Maru (Owners) (1921) 37 T.L.R. 961 C.A. : 152.
 Gillett v. Thornton (1875) L.R. 19 Eq. 599 : 142.
 Glynn v. Morgetson [1893] A.C. 857 : 58.
 Goldsoll v. Goldman [1915] 1 Ch. 292 : 91.
 Golodetz v. Schrier (1947) 80 Ll. L. Rep. 647 : 142.
 Goodwin v. Robarts (1875) L.R. 10 Ex. 76 : 43.
 Goodwin v. Robarts (1875) L.R. 10 Ex. 337 : 25 ss., 43, 53, 62.
 Goodwin v. Robarts [1876] L.R. 1 App. Cas. 476 : 43, 44, 111, 112.
 Hagen v. National Provincial Bank Ltd [1938] 1 K.B. 169 : 161.
 Hagger v. Baker (1845) 14 L.J. Ex. 227 : 154, 156.
 Hardy (M.W.) and Co. Inc. v. A.V. Pound and Co. Ltd [1955] 1 Q.B. 499 : 89.
 Hardy (M.W.) and Co. Inc. v. A.V. Pound and Co. Ltd [1956] 2 W.L.R. 683 : 89.
 Heap v. Motorists' Advisory Agency [1923] 1 K.B. 577 : 116.
 Hewlett v. Laycock (2 C. and P. 574) : 152.
 Heyman v. Darwins Ltd [1942] A.C. 356 : 142, 144, 145, 146.
 Heyman v. Flewker (1863) 32 L.J.C.P. 132 : 116.
 Hill v. Scott (1895) 1 Com. Cas. 204 : 167.
 Hillas and Co. Ltd v. Arcos Ltd (1932) 36 Com. Cas. 356 : 56, 157 ss.
 Hillas and Co. Ltd v. Arcos Ltd (1933) 38 Com. Cas. 23 : 55, 56.
 Hilton v. Eckersley (1855) 6 El. and Bl. 47 : 96.
 Hollis v. White Sea Timber Trust (1936) 36 L.P.L.R. 78 : 58.
 Houghton and Co. v. Nothard Lawe and Wells [1927] 1 K.B. 246 : 103.
 Ireland v. Lingstone (1872) L.R. 5 H.L. 395 : 50.
 James v. Attwood (1839) 7 Scott 843 : 145.
 James v. James (1889) 22 Ch. D. : 145, 154.
 Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd [1942] A.C. 154 : 54.
 Joseph Evans v. Heathcote [1918] 1 K.B. 418 : 96.
 Kawasaki Kisen K.K.K. v. Bantham S.S. Co. Ltd [1939] 2 K.B. 544 : 64.
 Kelanton v. Duff Development Co. Ltd [1923] A.C. 409 : 147.
 Kiril Mischeff v. Constant Smith and Co. [1950] 1 All. E.R. 890 : 147.
 Kitchen v. Turnbull (1871) 20 W.R. 253 : 146.
 Knox v. Symmonds (1791) 1 Ves. 369 : 156.
 Kreditbank Cassel v. Schenkers [1926] 2 K.B. 450 : 103.
 Kruse v. Questier and Co. [1953] 1 Q.B. 669 : 142, 146.
 Laing v. Union Marine Insurance Co. (1895) Com. Cas. 11 : 167.
 Lamb v. Attenborough (1862) 1 B. and S. 831 : 116.
 London County Council v. Allen [1914] 3 K.B. 642 : 126.

- Lord Strathcona S.S. Co. v. Dominion Coal Co. [1926] A.C. 108 : 126.
 Lowther v. Harris [1927] 1 K.B. 393 : 116.
 Luigi Monta of Genoa v. Gecrofracht Co. Ltd [1956] 2 Q.B. 552 : 64.
 Luke v. Lyde (1759) 2 Burr. 887 : 20.
- Malinberg v. Evans (1924) 30 Com. Cas. : 51.
 Mambre Saccharine v. Corn Products [1919] 1 K.B. 198 : 52.
 Market Overt Case (1596) 5 God. Rep. 83 b : 114.
 Matson v. Trower (1824) Ry and Moo. 17 : 156.
 May and Butcher v. R. [1934] 2 K.B. 17 : 55.
 May and Hassel Ltd. v. Exportles of Moscow (1940) 45 Com. Cas. 28 : 51.
 McEllistram v. Balhymacelligatt Cooperative Agricultural and Dairy Soc. [1919] A.C. 548 : 96.
 McGruther v. Pitcher [1904] 2 Ch. 306 : 126.
 Mediterranean etc. Co. v. Fortress Fabrice [1948] W.N. 244 : 153.
 Miller v. Race (1758) 1 Burr. 452 : 42, 111.
 Mogul Steamship Co. v. McGregor Gow and Co. (1892) : 90.
 Morgan v. Harrison [1907] 2 Ch. 137 : 142.
- Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company [1894] A.C. 535 : 93 ss.
 North Western Salt Co. Ltd v. Electrolytic Alkali Co. Ltd [1914] A.C. 461 : 91.
- Oppenheimer v. Frazer [1907] 2 K.B. 50 : 63, 99.
- Pearson v. Rose and Young Ltd [1951] 1 K.B. 275 : 63, 100, 116 ss.
 Peter Cassidy's Seed Co. Ltd v. Osuustukkukauppa I.L. [1957] 1 W.L.R. 273 : 152, 170.
 Pickering v. Busk (1812) 15 East 37 : 109.
 Price v. Easton (1833) 4 B. and Ad. 433 : 122.
 Pyrene Co. Ltd v. Scindia Navigation Co. Ltd [1954] 2 Q.B. 402 : 49, 90, 130.
- Quinn v. Leatham [1901] A.C. 495 : 91.
- Racecourse Betting Control Board v. Secretary of State [1944] Ch. 114 : 147.
 Recovery Case 1807 C. Rob. 348 : 23.
 Re Agra and Masterman's Bank v. Ex Parte Asiatic Banking Corporation [1867] L.R. 2 Ch. App. 391 : 48, 129.
 Re Enoch and Zaretsky, Bock and Co. [1910] 1 K.B. 336 : 156.
 Re Fuerst Bros. and Stephenson (1951) 1 Lloyd's Rep. 429 : 156.
 Re Hopper 36 L.J.Q.B. 97 : 147.
 Reg. v. Keyn L.R. 2 Ex Div. 63.202 : 25.
 Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal [1951] 1 K.B. 711 : 147, 148, 150.
 Rodriguez v. Speyer Brothers [1910] A.C. 39 : 86.
 Rumball v. Mertopolitan Bank [1877] 2 Q.B. 194 : 46.
- Samuel (P.) and Co. v. Dumas :
 [1923] 1 K.B. 392 : 123.
 [1924] A.C. 431 : 123.
- Sanders v. McLean [1883] 1 Q.B. 327 : 98.
 Scammel v. Ouston [1941] A.C. 251 : 57.
 Schwarz and Co. (Grain) Ltd v. St. Elefterno Ex Arion (Owners) [1957] 2 W.L.R. 935 : 171.
- Scott v. Van Sandan [1841] 1 Q.B. 102 : 152.
 Sea Insurance Co. v. Carr [1901] 1 K.B. (C.A.) : 162, 164.
 Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd [1951] 2 K.B. 854 : 131.
 Shelden v. Hentley 2 Show. 160 : 41.
 Sinason-Teicher Inter American Grain Corporation v. Oilcakes and Oilseeds Trading Co. Ltd [1954] 2 All. E.R. 497 : 49, 130.

- Smith and Snipes Hall Farm Ltd v. River Douglas Catchment Board [1949] 2 K.B. 500 : 49, 130.
- St. John Shipping Corporation v. Joseph Bank Ltd [1956] 3 W.L.R. 870 : 89.
- Steamship « Den of Airlie » Co. Ltd v. Mitsui and Co. Ltd (1912) 106 L.T. 451 : 152.
- Taddy and Co. v. Sterious and Co. [1904] 1 Ch. 354 : 126.
- Temperton v. Russel [1893] 1 Q.B. 715 : 91.
- Temple S.S. Co. Ltd v. Sovfracht of Moscow (1945) 79 L.P.L.R. : 58.
- Thompson v. Bates and Son Ltd [1920] W.N. 355 : 162.
- Thorne v. Motor Trade Association [1937] A.C. 797 : 96.
- Tillam v. Coop (1847) 5 C.B. 211 : 152.
- Treseder-Griffin and another v. Cooperative Insurance Society Ltd [1956] 2 W.L.R. C.A. 866 : 94.
- Tulk v. Moxhay (1848) 2 Ph. 774 : 126.
- Turner v. Sampson (1911) 27 T.L.R. 200 : 116.
- Turquand v. Royal British Bank (1856) 6 El. and Bl. 327 : 102 ss.
- Tweddle v. Atkinson (1861) 1 B. and S. 393 : 122.
- Tyser v. Shipowner's Syndicate (Reassured) (1895) 1 Com. Cas. 224 : 167.
- Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati [1957] 2 W.L.R. 713 : 54, 152, 170.
- Urquhart Lindsay and Co. Ltd v. Eastern Bank Ltd [1922] 1 K.B. 321 : 48, 129.
- Van Heeth v. Turner Rep. Winch. p. 24 : 25.
- Vawdrey v. Simpson [1896] 1 Ch. 166 : 145.
- Walford Baker and Co. v. Macfie and Sons (1915) 84 L.J.K.B. 2221 : 154.
- Ware and de Freville Ltd v. Motors Trade Association [1921] 3 K.B. 40 : 93.
- Webster v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation [1953] 1 K.B. 520 : 63, 100, 117.
- Whistler v. Forster (1863) 14 C.B. (N.S.) 248 : 108.
- Wilson Holgate v. Belgian Grain Co. [1920] 2 K.B. 1 : 50, 52.
- Wilsons and Clyde Coal Co. Ltd [1949] A.C. 462 : 89.
- Woohay v. Pole (1820) 4 B. and Ald 1 : 42.

TABLE DES « STATUTES » CITES

- 13 Rich. 2 c. 5, Admiralty Court Act, 1389 : 25.
15 Rich. 2 c. 3, Admiralty Court Act, 1391 : 25.
9 Will. 3 c. 15, Arbitration Act, 1697 : 141.
3 and 4 Anne c. 8, Promissory note Act, 1704 : 41, 111.
7 Anne c. 25, Promissory note Act, 1708 : 111.
4 Geo. 4 c. 83, Factors Act, 1823 : 108, 115.
6 Geo. 4 c. 44, Factors Act, 1825 : 108, 115.
5 and 6 Vict. c. 39, Factors Act, 1842 : 108, 115.
40 and 41 Vict. c. 39, Factors Act, 1877 : 108, 115.
45 and 46 Vict. c. 61, Bill of Exchange Act, 1882 : 46, 79, 111, 122.
50 and 51 Vict. c. 28, Merchandises Marks Act, 1887 : 84.
52 and 53 Vict. c. 45, Factors Act, 1899 : 46, 108, 115.
52 and 53 Vict. c. 49, Arbitration Act, 1889 : 141.
53 and 54 Vict. c. 39, Partnership Act, 1890 : 80.
56 and 57 Vict. c. 71, Sale of Goods Act, 1893 : 46, 80, 108, 114.
6 Edw. 7 c. 41, Marine Insurance, 1906 : 80.
8 Edw. 7 c. 69, Companies Act, 1908 : 80.
6 and 7 Geo. 5 c. 58, Registration of BusinessNames, 1916 : 80.
14 and 15 Geo. 5 c. 22, Carriage of Goods by Sea Act, 1924 : 34, 80.
19 and 20 Geo. 5 c. 23, Companies Act, 1929 : 80, 83.
24 and 25 Geo. 5 c. 14, Arbitration Act, 1934 : 141.
1 and 2 Geo. 6 c. 22, Trade Marks Act, 1938 : 80, 84.
11 and 12 Geo. 6 c. 38, Companies Act, 1948 : 80, 83.
11 and 12 Geo. 6 c. 66, Monopolies and Restrictive Practices Act, 1948 : 80.
14 Geo. 6 c. 27, Arbitration Act, 1950 : 141, 144.
1 and 2 Eliz. 2 c. 48, Merchandise Marks Act, 1953 : 80, 84.
4 and 5 Eliz. 2 c. 68, Restrictive Trade Practices Act, 1956 : 80, 84, 86, 125.

TABLE DES MATIERES

PRÉFACE	I
INTRODUCTION	1
— Le déclin du droit commercial en droit positif.....	1
— La relativité de l'unification du droit privé.....	3
— Définition des éléments de la distinction.....	9
— Distinction technique ou distinction de fond.....	12

PARTIE PRÉLIMINAIRE

HISTOIRE DE LA LAW MERCHANT

<i>Section I.</i> — LA PÉRIODE D'AUTONOMIE DE LA LAW MERCHANT.....	17
I. — La formation de la Law Merchant.....	17
— Les origines premières de la Law Merchant.....	17
— Les sources directes de la Law Merchant.....	18
— La reconnaissance officielle de la Law Merchant.....	19
— La Law Merchant à son apogée.....	20
II. — Les juridictions de la Law Merchant.....	21
1° Période des juridictions locales.....	21
2° La Cour de l'Amirauté.....	22
<i>Section II.</i> — L'ABSORPTION DE LA LAW MERCHANT PAR LA COMMON LAW...	24
I. — La rivalité des Cours de Common Law et des juridictions commerciales	24
1° La disparition des « Special Commercial Courts ».....	24
2° Le déclin de la Cour de l'Amirauté.....	25
II. — L'accomplissement de l'absorption de la Law Merchant par la Common Law : Lord Mansfield.....	27

PREMIÈRE PARTIE

LA SURVIVANCE D'UNE DISTINCTION DE FOND

CHAPITRE PREMIER. — LES SOURCES PARTICULIÈRES DU DROIT COMMERCIAL	37
---	----

<i>Section I. — LA RÉCEPTION DES COUTUMES NOUVELLES CONTRAIRES A UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA COMMON LAW.....</i>	40
I. — Le cas des Negotiable instruments.....	41
II. — Le cas du bankers' commercial credit.....	47
<i>Section II. — MODIFICATION DES COUTUMES ANCIENNES AYANT FAIT L'OBJET D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE, PAR DE NOUVELLES COUTUMES..</i>	50
<i>Section III. — LE RÔLE DES COUTUMES DANS L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS COMMERCIAUX</i>	53
I. — Dans l'interprétation des contrats commerciaux, les usages viennent couramment compléter les règles de la Common Law	53
II. — Les règles de la Common Law s'assouplissent au contact des usages du commerce.....	54
III. — Les usages commerciaux écartent parfois l'application des règles légales.....	58
<i>Section IV. — L'INDÉPENDANCE DES QUESTIONS COMMERCIALES A L'ÉGARD DES PRINCIPES JURIDIQUES SE DÉGAGEANT DES DÉCISIONS JUDICIAIRES NON COMMERCIALES</i>	62
CHAPITRE II. — LES FONDEMENTS PROPRES DU DROIT COMMERCIAL ANGLAIS	67
<i>Section I. — LES FONDEMENTS PROPRES DU DROIT COMMERCIAL.....</i>	67
I. — Le fondement matérialiste	69
II. — Le fondement d'intérêt public	72
— L'intérêt public économique du droit commercial..	73
— L'intérêt public politique du droit commercial.....	76
<i>Section II. — LE CARACTÈRE D'INTÉRÊT PUBLIC PARTICULIER DU DROIT COMMERCIAL ANGLAIS</i>	78
I. — L'aspect public du droit commercial anglais au stade législatif	79
II. — L'aspect public du droit commercial anglais au stade administratif	81
III. — L'aspect public du droit commercial anglais au stade judiciaire	85
— Le caractère jurisprudentiel du droit anglais s'oppose à la reconnaissance d'un ordre public spécial.	85
— L'ordre public économique appliqué par les juridictions spéciales	86
— Particularité de la fonction du juge en matière commerciale	87
— Tendance du juge de Common Law à juger les litiges commerciaux dans l'intérêt du commerce.....	88
— La public policy commerciale apparaît différente de la public policy ordinaire.....	90
— Nature de l'intérêt public que cherche à défendre le juge en matière commerciale.....	92
— Controverse sur l'existence d'une public policy économique	94

<i>Section III. — La morale et le droit commercial anglais.....</i>	97
I. — Le rôle secondaire de la morale en droit commercial..	99
II. — La morale utilitaire du droit commercial anglais.....	101

DEUXIÈME PARTIE

LES LIMITES A L'UNIFICATION TECHNIQUE

CHAPITRE PREMIER. — LES EXCEPTIONS COMMERCIALES AU DROIT CLASSIQUE DU TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE....	107
I. — Les exceptions introduites pour raison commerciale, mais non limitées aux commerçants.....	110
1° L'exception des <i>Negotiable instruments</i>	110
2° L'exception du <i>Sale of Goods Act</i>	113
II. — Les exceptions qui ne concernent que les commerçants.....	113
1° Le « <i>Market Overt</i> »	113
2° Le <i>Factors Act</i>	114
CHAPITRE II. — LES CARACTÈRES PARTICULIERS DU CONTRAT COMMERCIAL	119
Le caractère subjectif du contrat classique anglais.....	120
Le contrat commercial	121
I. — <i>La règle de la consideration</i>	121
II. — <i>La règle de la privity</i> dans les contrats commerciaux.....	122
1° L'exception de l' <i>undisclosed principal</i>	123
2° L'exception de la police d'assurance	123
3° L'exception des instruments négociables	123
4° L'exception des « <i>restrictive trade practices</i> »	125
5° L'exception des « <i>bankers' commercial credits</i> ».....	126
III. — <i>Le contrat d'adhésion en droit commercial</i>	132
IV. — <i>Le contrat de société commerciale</i>	133
CHAPITRE III. — L'EXISTENCE D'UNE JUSTICE COMMERCIALE EN DROIT ANGLAIS	137
Nécessité logique d'une justice commerciale.....	137
<i>Section I. — L'ARBITRAGE EST LA JURIDICTION ORDINAIRE DES COMMERÇANTS</i>	140
<i>Sous-Section I. — Les Cours d'arbitrage sont d'authentiques juridictions</i>	142
I. — La fonction juridictionnelle de l'arbitrage.....	142
II. — La compétence juridictionnelle des Cours arbitrales..	143
1° La juridiction arbitrale s'impose aux parties.....	144
2° La compétence de la juridiction arbitrale s'impose aux Cours de <i>Common Law</i>	145
III. — Les garanties juridictionnelles de l'arbitrage	146
<i>Sous-Section II. — L'arbitrage est une juridiction commerciale..</i>	148
I. — Le domaine d'application commercial de l'arbitrage..	148
II. — La justice spéciale appliquée par l'arbitre.....	149

1° La différence légale.....	151
— Les règles de procédure	151
— Les règles de preuve	153
— L'esprit dans lequel est appliqué le droit dans les sentences arbitrales	153
2° La différence de fait.....	155
<i>Section II. — LA COMMERCIAL COURT : JURIDICTION COMMERCIALE DES COMMON LAW COURTS.....</i>	159
I. — La composition de la Commercial Court.....	160
II. — La compétence de la Commercial Court.....	161
— Le contrôle de la Cour d'appel.....	163
— Comparaison entre la compétence commerciale fran- çaise et anglaise.....	164
— La notion de cause commerciale.....	164
— La compétence commerciale	165
III. — La procédure spéciale de la Commercial Court.....	166
<i>Section III. — LA JURIDICTION DE L'AMIRAUTÉ.....</i>	170
CONCLUSION	173
BIBLIOGRAPHIE	178
TABLE DES DÉCISIONS FRANÇAISES CITÉES.....	183
TABLE DES « CASES » CITÉS.....	185
TABLE DES « STATUTES » CITÉS	189
TABLE DES MATIÈRES	191

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — N° 607
Dépôt légal · 4^e trim. 1958

Printed
in France

IMPRIMERIE GAMARD
17, Rue Raspail - Cachan (Seine)
— TYPOGRAPHIE VANÇON —
N° 308 27-12-58

